

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق

جامعة الاسكندرية

العدد الاول — ٢٠٠٠



اهداءات ٢٠٠٣

خليفة الحقون

جامعة الإسكندرية

مجلة الحقوق

للمحكمة القانونية والاقتصادية

مجلة محكمة تصدرها كلية الحقوق

جامعة الاسكندرية

رئيس التحرير
الأستاذ الدكتور

مصطفى سلامة حسين

عميد الكلية

سكرتير التحرير
الأستاذ الدكتور

مجدي محمود شهاب

وكيل الكلية للدراسات العليا والبحوث

رؤساء التحرير السابقون

أ.د. زكى عبد المتعال مؤسس المجلة	١٩٤٢ - ١٩٤٥
أ.د. عبد المعطى الخيال	١٩٤٥ - ١٩٤٦
أ.د. العيد مصطفى العيد	١٩٤٦ - ١٩٤٩
أ.د. حسن أحمد بغدادى	١٩٤٩ - ١٩٥٢
أ.د. حين فهمى	١٩٥٢ - ١٩٥٩
أ.د. أنور سلطان	١٩٥٩ - ١٩٦٤
أ.د. على صادق أبو هيف	١٩٦٤ - ١٩٦٦
أ.د. أحمد شمس الوكيل	١٩٦٦ - ١٩٦٨
أ.د. حسن حسن كيره	١٩٦٨ - ١٩٧١
أ.د. مصطفى كمال طه	١٩٧١ - ١٩٧٤
أ.د. على محمد البارودى	١٩٧٤ - ١٩٧٧
أ.د. محسن خليل	١٩٧٧ - ١٩٧٩
أ.د. توفيق فرج	١٩٧٩ - ١٩٨٢
أ.د. جلال ثروت محمد	١٩٨٢ - ١٩٨٥
أ.د. جلال على العدوى	١٩٨٥ - ١٩٨٨
أ.د. مصطفى الجمال	١٩٨٨ - ١٩٩١
أ.د. محمد زكى أبو عامر	١٩٩٢ - ١٩٩٣
أ.د. محمد السعيد الدقاق	

- ٣١٣-١ . الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الادارية فى القانون الفرنسى
- د. محمد باهى ابويونس
- ٣٣١-٣١٥ . نظام حماية المنتجات الوطنية فى منظمة التجارة العالمية
- أ.د. مصطفى سلامة حسين
- ٤٦٤-٣٣٣ . الاطار القانونى لنقل التكنولوجيا فى ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا فى قانون التجارة الجديد
- أ.د. جلال وفاء محمدين
- ٥٨٩-٤٦٥ . الحماية الإجرائية للبيئة المشكلات المتعلقة بالضبطية القضائية والاثبات فى نطاق التشريعات البيئية
- د. أمين مصطفى محمد
- ٧٠٤-٥٩١ . دور البنوك فى مكافحة غسيل الأموال
- أ.د. جلال وفاء محمدين

الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية في القانون الفرنسي

مع دراسة للإصلاح القضائي الجديد بالإعتراف للقاضي الإداري
بسلطة توجيه أوامر إلى الإدارة لتنفيذ أحكامه

دكتور

محمد باهسي أبو يونس

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ
وَالَّذِي يُرْسِلُ الرِّيَّاحَ
وَيُنَزِّلُ الْمُنْظِرَ
وَالَّذِي يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ
وَيُخَوِّضُ فِيهِ مَنَافِعَ
كَثِيرَةً
وَالَّذِي يُنْزِلُ مِنَ السَّمَاءِ
مَاءً لِيُخْرِجَ بِهِ
الزَّيْتُونَ وَالنَّخْلَ
وَالْحَبَّ وَالْحَبْثَ وَالزَّيْتُونَ
وَالَّذِي يُنْزِلُ مِنَ السَّمَاءِ
مَاءً لِيُخْرِجَ بِهِ
الزَّيْتُونَ وَالنَّخْلَ
وَالْحَبَّ وَالْحَبْثَ وَالزَّيْتُونَ

المقدمة

مشكلة تنفيذ الأحكام الإدارية :

١ - لأن كانت الإدارة ملزمة ، بمقتضى ما للأحكام الإدارية من حجية ، بتنفيذها ، إلا أنها غالبا ما تتجاهل هذا الالتزام تجاهلا تنبسط على نطاق الواقع مظاهره : من عدم لكثرث بالحكم وامتناع صريح عن تنفيذه^(١) ، أو قبوله قبولاً تردفه بإجراء معاكس يفقده أثره ، كأن تعيد موظفا ألقى قضائيا قرار فصله ، ثم تعقب ذلك بإلغاء وظيفته نخلصا منه^(٢) ، أو تلجأ الى البرلمان تمنحه على إصدار قانون يصحح قرارا حكم بعدم مشروعيته^(٣) ، أو توهم بأنها تتخذ الخطوات اللازمة للتنفيذ ، ويطول الأمر بين اجراءات مكتبية عقيمة ومعقدة ، يفقد بطولها الحكم كل أثره ، وتضيع الفائدة المرجوة منه^(٤) ، وقد حدث فى فرنسا أن استغرقت الإجراءات التى اتخذتها الإدارة لتنفيذ أحد أحكام مجلس الدولة أكثر من ثمانية عشر عاما (من ٢١ يناير ١٩٤٤حتى ٢ مايو ١٩٦٢)^(٥) ، وقد تتنزع بعدم توافر الإعتمادات المالية اللازمة لتنفيذ الحكم . أو تلعب على حبال الإجراءات القضائية فتتخذ منها سبيلا لإعالة التنفيذ ، كأن تقدم اشكالا فى تنفيذ الحكم الإدارى أمام القضاء العادى ، وهو جهة غير مختصة على اعتبار أن الاختصاص بنظر إشكالات التنفيذ فى الأحكام الإدارية

(١) CHAPUS (R.) : droit du contentieux administratif. Paris Montchrestien. 6^e edition. 1996. P. 898.

(٢) أ.د. سليمان الطماوى : القضاء الإدارى . قضاء الإلغاء . القاهرة . دار الفكر العربى . ١٩٨٦ . ص ١٠٧٤ .

(٣) MATHIEU (B.): la constitutionnelite des validations legislatives. R.F.D. Ad. 1989. P. 862.

(٤) أ.د. محمود سامى جمال الدين : القضاء الإدارى فى دولة الكويت . دون ذكر للناسر . ١٩٩٨ . ص ٣٨٧ - ٣٨٨ .

(٥) RIVERO (J.) et WALINE (J.): droit administratif. Paris. Dalloz. 14^e edition. 1994. P. 200.

ينعقد للمحكمة الإدارية التي أصدرته ، وذلك رغبة في المثل وإعاقبة التنفيذ ، وهو أسلوب درجت الإدارة على اتباعه في مصر لاسيما في المنازعات الإدارية ذات الطابع السياسي ^(١) .

إن تلك المثالب تدفع إلى تساؤل جد هام : ألا من سبيل لإجبار الإدارة على التنفيذ ؟ . لا يمكن لمنصف أن ينكر وجود هذه السبل . ولكن المنكور حقا فاعليتها في تحقيق هذا الغرض . فالمشكلة رغم وجودها لازالت قائمة ، قد تخبو أحيانا . ولكن أبدا لاتنعدم ، وقد تغيض حينا . ولكن لاتختفى ، تنقلوا تزايد ونقصانها تبعا لرؤى الإدارة والاتجاهات السياسية الغالبة ، تمثل مظهرا لمبارزة دائرة الرحي بين الإدارة والقضاء الإداري . وهذا يدعونا للأسف إلى القول بأن الإدارة لازالت تتمتع بنطاق من الحرية في هذا المجال على الأقل في اختيار الوقت المناسب للتنفيذ ، رغم أن سلطتها في هذا الشأن اتفاقا مقيدة ^(٢) .

وتعاضد عدم فاعلية تلك الوسائل في إحداث هذا الأثر السيئ طائفة من الأسباب تفرقت في تنوعها ، إن كانت قد جمعتها غاية واحدة ، لاينكر نيل الإعتبارات التي قامت عليها حين قامت ، إلا أنها كانت وراء نكوص الإدارة غير المبرر عن التنفيذ . فقد توارت خلفها محاولاتنا للنيل من حجية الأحكام ، ففانقت سلبية آثارها إيجابيتها ، وتجلي ذلك في وقوفها عقبة كداء حالت دون إكراهها على الإمتثال لأحكام القضاء ، واتخذت ذريعة مثل بقاؤها صدعا كبيرا في صرح سيادة القانون ، وسباجا ولقيا لامتناز مستتر بإهدار حجية الأحكام .

نسوقها جميعا بشئ من التفصيل باعتبارها مقمنة ، وسببا مباشرا لظهور فكرة الغرامة التهديدية ضد الإدارة ، وعاملا هاما كان مسئولا عن هذا التحول الإجرائي البالغ الأثر الذي حدث لأول مرة في تاريخ القضاء الإداري الفرنسي .

(١) انظر : حمدي ياسين عكاشة : الأحكام الإدارية في قضاء مجلس الدولة .
سكندرية . منشأة المعارف . ١٩٩٧ . ص : ٤٨٩ .

(٢) DIQUAL (L.) : la competence liée. Thèse. Paris. L.G.D.J. 1964. P. 340.

أولا : الإدارة تحوز القوة اللازمة لتنفيذ الأحكام :

٢ - إن واقعات التنفيذ ومنازعاته يثبتان بأن الحجية وحدها لا تكفى لإعماله ، وإنما لابد من قوة تساندها ، قوة رادعة يخشاها من لم يمثل طوعا ، فيذعن للحكم ، ويسلم به تسليما ، زاجرة لغيره تمنعه أن يتأبى على ما قد يصدر فى مواجهته من أحكام . وإذا كان القاضى لا يصنع للقانون ، وإنما دوره أن يطبقه ، فإنه لا يستطيع ذلك إلا بعون من الإدارة وسلطاتها باعتبارها حائزة للقوة العامة التى بها تكفل احترام الأحكام ^(١) .

والفقه فى تسليمه بأن تلك القوة هى عون الحجية على أداء رسالتها ، يرى أنها العقبة التى تحول دون تنفيذ الحكم الإدارى : إذ كيف يمكن تصور أن الإدارة وهى حائزة لتلك القوة تستخدمها ضد نفسها إذا قصرت فى التنفيذ ؟ . وهل يمكن الإستعانة برجال البوليس ، وهم من عمال الإدارة ، لفرض تنفيذ الحكم على الإدارة ذاتها ؟ ^(٢) . بل إن البعض يفسر إجحام القاضى عن توجيه أوامر تنفيذية للإدارة بأنه يقصد بذلك أن يتجنب عصيانها لتلك الأوامر مما يفقده مكانته وهيبته على اعتبار أنه لا يملك القوة التى تؤازره عليها ، وإنما على العكس هى التى تحوز هذه القوة على نحو يمكنها من الحيلولة دون تنفيذ أحكامه ، وتعطيل أوامره ^(٣) .

ويبدو أن هذا كان مدعاة لما ارتآه البعض من أن الحكم المبنى أو الجنائى أفضل حالا فى التنفيذ من الحكم الإدارى على اعتبار أن الإدارة ليست لها فى أى منهما صفة الخصم ، وإنما هى حارسة لتنفيذهما ؛ ولذا تؤازر بقواتها هذا التنفيذ ، فى حين أنها على خلاف ذلك بالنسبة للحكم الإدارى ، لها

(١) DELVOLLE (P.) : L'exécution des décisions de justice contre l'administration. E.D.C.E. 1983-1984. P. 111.

(٢) AUBY (J.M.) et DRAGO (R.): Contentieux administratif. Paris. L.G.D.J. 1984. No: 1324.

(٣) DRAN (M.) : le contrôle juridictionnel et la granatié des libertés publique. Thèse. Paris. L.G.D.J. 1966. P. 485.

وصف الخصم ، ولذا حال أن يكون الحكم ضدها يصعب أن تستعين بقوتها ضد نفسها (١) .

وتجلية لذلك يقول البعض إن ... القوة بوجه عام بجانب القاضى ...
فحينما القاضى المدنى يفصل فى دعوى تطليق مثلا أو أخرى بين مالك
ومستأجر ، فإن البوليس يأخذ على عاتقه تنفيذ هذا الحكم ... والشئ ذاته حين
يحكم القاضى الجنائى على شخص بالسجن ، فإن البوليس هنا هو الذى يتولى
تلك المهمة . ولكن الأمر يختلف بالنسبة للقضاء الإدارى ، فالقاضى لا يتمتع
بقوة عامة بجانبه ، كما أنه لا يملك وسائل يفرض من خلالها على الإدارة تنفيذ
أحكامه بالقوة . وإنما على العكس الإدارة هى التى تحوز هذه القوة . فكيف إذن
تستخدمها ضد نفسها ؟ ... وإن سقنا مثلا على ذلك يكفى أن ندلل بأنه لطررد
شخص من عين اغتصبها فإننا نستعين على ذلك برجال البوليس . ولكن ماذا
نفعل لطررد البوليس ذاته من عين استولى عليها بغير حق ؟! . وتبلغ المشكلة
ذروتها حين يكون رفض التنفيذ صادرا من الحكومة ذاتها حالئذ هل يمكن
الإستعانة برجال الجيش أو للبوليس لإجبارها عليه .. ! (٢) .

وهذا القول رغم ما يستند اليه من منطق إلا أنه قد آن الأوان لأن يسأل ،
ويتوارى مذهبه . فبقدر ما يستقر على جانب من المنطق بقدر ما ينازعه جانب
آخر منه ! وإلا فكيف نقرر مثول الإدارة أمام القاضى العادى ، ويحكم عليها
لأسيما فى حالة غصب السلطة Voie de fait بذات ما يحكم به على الأفراد
العاديين ، وتتخذ طائعة هذه الأحكام على نفسها رغم أنها فى ذات الآن بعصمتها
القوة اللازمة للتنفيذ . ولم يقل أحد بأن تلك الحجة حالت دون اكرامها

DE LUBADERE (A.) et autres : Traité de droit administratif. Paris. (١)
L.G.D.J. 1992. T. I. P. 398.

BRAIBAN(G.)et STRIN (B.) : le droit administratif Français. (٢)
Paris. Press de Sciences PO et Dalloz. 4^e edition. Maise à jour.
1997. P. 544.

عليه^(١). بل وأكثر من ذلك ، القاضي العادي بمقتضى قانون ١٩٧٩ صارت له سلطة واسعة فى توجيه أوامر تنفيذية إلى الإدارة بقصد إجبارها على تنفيذ أحكامه فى مواجهتها ، والحكم عليها بغرامة تهديدية *Astreinte* عن كل يوم تتأخر فيه عن التنفيذ^(٢) ، ولم تحل حيازتها للقوة العامة دون فاعلية هذه الوسيلة . بل ولم تتدرج هى بقوتها لتحول دون تنفيذ حكمه المقترن بها ! . فلما أذن فى شأن الأحكام الإدارية يعتصم الفقه بذلك الحجة للقول بعدم إمكانية إجبارها على تنفيذها ؟ ! .

وبفرض سلامة الرأى من تلك الشائبة ، فإنه يعنى أنه لوجود له إلا فى دولة بوليمية تستعين فيها الإدارة بامتيازاتها لتعطل أحكام القانون ، أو تخرق بسلطتها مبدأ فصل السلطات ، أو تطلو بقوتها على سيادة القانون . ثم ماذا بقى لاستقلال القضاء من موجبات إذا كانت الإدارة يزعم أنها تحوز السلطة تعطل أحكامه التى تعد سرعة تنفيذها واحترامها أولى مقتضيات هذا المبدأ^(٣) . ربما يكون هذا الرأى مقبولا ، ولكن فى وقت تطوى الإدارة فيه كل السلطات تحت جناحيها ، أما فى ظل الدولة القانونية فلا محل لإعماله .

هذه على أية حال رؤى يزكها البعض بقوله أنه ... لاهتمام للدولة القانونية إلا بإعلاء مبدأ خضوع الدولة للقانون ، وسيادة مبدأ الشرعية ، ولاهية لهذا المبدأ الأخير مالم يقترن بمبدأ تقديس واحترام أحكام القضاء ووجوب تنفيذها . فلا حماية قضائية إلا بتمام تنفيذ الأحكام الصادرة من السلطة القضائية ، ولا قيمة للقانون بغير تنفيذ مقتضاه^(٤) .

(١) T.C. 17 juin 1948. Manefecture de velours et peluchers Rec. p. 513.

R.D.P. 1948. P. 581. Note: Waline.

(٢) LE BERRE (M.) : les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration. A.J. 1979. P. 14.

(٣) ROBERT(J.): l'indépendance du juge. R.D.P. 1988. p. 3.

(٤) حمدى ياسين عكاشة : المرجع السابق . ص : ٣٠١ .

ثانيا : حظر اتباع طرق التنفيذ العادية ضد الإدارة :

٣ - يكشف هذا المبدأ عن التباين الواضح بين مركز الإدارة ومركز الأفراد في نطاق الإجبار على تنفيذ مرفوض تنفيذه من الأحكام اختيارا . فللفرد إذا لم يكن التنفيذ طوعا لزمه كرها اتباعا لطرق معهودة في القانون الخاص يطلق عليها طرق التنفيذ التي تتضمن الحجز بمختلف أنواعه سواء كان حجزا تحفظيا Saisie conservatoire ، أو تنفيذيا Saisie exécutoire سواء كان حجزا عقاريا Saisie immobilière ، أو حجزا على منقول Saisie exécution أو حجزا على ما للمدين لدى الغير Saisie arrêt^(١) .

خلافًا لذلك لاتباع هذه الطرق في مواجهة الإدارة حتى ولو رفضت التنفيذ الإداري تطبيقا للمبدأ الذي يحظر استخدام هذه الطرق في مواجهتها . هذا المبدأ الذي استقر أعماله في فرنسا بمقتضى قانون ١٦ - ٢٤ أغسطس ١٧٩٠ ، وللمادتين ٨ ، ٩ من قانون ٢٢ نوفمبر - أول ديسمبر ١٧٩٠ ، وكان مما جاء فيهما أن الأموال العامة ، وما يتصل بها ، لا تمثل ضمانا للدائنين ، ولذا لا يمكن الحجز عليها أيًا كان نوعه^(٢) .

ويتسم المبدأ من ناحية تطبيقه على الإدارة بالعمومية من نواح ثلاث : العمومية الإجرائية بما مفاده جريان سريانه على كافة الأحكام الصادرة في مواجهة الإدارة ماصدر منها عن القضاء العادي أو الإداري . إذ العبرة ليست بالجهة مصدرة الحكم ، وإنما بصفة الجهة التي صدر ضدها^(٣) . هذا إلى أنه

(١) DEBEAURAIN (J.) : voies d'exécution. Paris. Librairie de l'université d'Aix - en - provence et presses universitaires d'Aix-Marseille. 1995. P. 26.

(٢) DUGRIP (O) : Exécution des décisions de la juridiction administratives. Répertoire de contentieux administratif. Dalloz. Misé à jour 1993. T. I. p. 18.

(٣) SOUBELET (P.) : L'exécution des décisions du juge administratif. (٣) R. Ad. 1990. P. 241.

لا يقتصر على طريق معين من طرق التنفيذ العادية مאלفة البيان ، وإنما يسرى الحظر عليها جميعا (١) .

ويتصف من جهة ثانية بالعمومية بمعنى أنه ينطبق على جميع أشخاص القانون العام ، كما يسرى حتى على المؤسسات العامة التجارية أو الصناعية (٢) أما عن عموميته الموضوعية فإنه يرد على جميع أموال الأشخاص العامة - أو الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام - سواء كانت أموالا عامة أم خاصة (٣) ، (٤) . وإذا كان هذا المبدأ بعمومية سريانه يمثل حائلا دون إجبار الإدارة على

(١) ويجوز التتويه إلى أنه بالنسبة لحجز ما للمدين لدى الغير يفرق فسى خضوعه لمبدأ الحظر بين : حجز ما للإدارة لدى الغير ، وحجز ما للغير لدى الإدارة . فالمحظور أعمالا للحكمة من الحظر هو حظر ما للإدارة لدى الغير باعتبار ذلك من الأموال العامة ، أما حجز ما للغير لدى الإدارة فإنه يخرج عن نطاق هذا الحظر شريطة ألا يكون هذا الغير من الأشخاص العامة ، وذلك لأنه يفقد صفة المال المملوك للدولة ، وتتقوى فيه تبعاً لذلك للحكمة من أعمال الحظر .
انظر : د. حسنى عبدالواحد : مبدأ حظر طرق التنفيذ العادية ضد الإدارة . مجلة المحاماة . العددان السابع والثامن . سبتمبر وأكتوبر ١٩٨٦ . السنة السادسة والستون . ص : ٩٥ .

(٢) Cass. Civ, 21décembre 1987. BRGM c/ Sté anonyme lyon continental. R.F.D. Ad. 1988 . p. 771. Concl: charbonnier note: Pacteau.

(٣) CAUDEMET (Y) : la saisie des biens des établissements publics: nouveaux développements de la question . G.P. 1984-2- P. 565.

(٤) وهذا على خلاف الوضع فى مصر إذ تخرج الأموال الخاصة للدولة من نطاق الحظر ، فيجوز التنفيذ عليها جبرا باعتبار أن تخصيصها أفقدها وصف العمومية التى تحول دون التنفيذ أو الحجز عليها ، استقدا فى هذا الشأن إلى المادة ٢/٨٧ مدنى التى لاتجيز الحجز إلا على الأموال العامة فحسب ، مما يعنى بمفهوم المخالفة جواز الحجز على أموال الأشخاص العامة الخاصة شأنها فى ذلك شأن الأموال المملوكة لأشخاص القانون الخاص .
د. حسنى عبدالواحد : المرجع السابق . ص : ٩٨ .

تنفيذ ما يصدر في مواجهتها من أحكام ، فإن مبررات اعماله لا تتلح للزود عنه على الأقل من المنظور القانوني . فالفقه يقدم له مبررات أربعة : أولها أن الدولة أو الأشخاص العامة تمتها المالية عامرة Solvabilité مما لا تعن معه الحاجة لاتخاذ هذه الطرق ضدها . إذ أن ماليتها من مال يكون كافيا لتنفيذ ما يصدر ضدها من أحكام مالية ^(١) . وهذا المبرر لا يستصحي على الرد ؛ ذلك أنه إذا كانت الأشخاص العامة حقا لها من اليسار الدائم ما فيه الغناء عن الإلتجاء إلى طرق التنفيذ العادية في مواجهتها ؛ فلما تتطل كثيرا في الإمتناع عن التنفيذ بعدم وجود الإعتمادات المالية اللازمة لإجرائه ؟! . هذا إلى أن تلك الطرق لا يكون مبعث اتخاذها عسر المدين أو يسره ، وإنما يكون سببه العجز أو الإمتناع عن الوفاء ؛ ولذا فإن يسار المدين ، وكما يقول البعض ، لا يحول دون اتخاذها ضده . ولا يمكن الرد على ذلك بأن الثقة في الدولة أو الأشخاص العامة تحول دون اتباع تلك الطرق ؛ لأنها لا تتخذ إلا إذا امتنعت عن الوفاء . حالئذ تكون هي التي أخلت بهذه الثقة ، ويكون هذا مدعاة لاتخاذها في مواجهتها ^(٢) .

يقول الكاتبون أيضا تبريرا للحظر : أن الأشخاص العامة تستهدف بما تقوم به من أعمال المصلحة العامة ؛ ولذا فإن ما يوجد لديها من أموال يكون مخصصا لخدمة هذا الغرض . ولا يعقل والحال كذلك التنفيذ عليها لمصلحة المحكوم له ؛ وإلا لكان هذا معناه تغليب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة أو تعطيل الصالح العام لحساب المصالح الخاصة ^(٣) . وذلك أيضا حجة واهية ؛ لأن المصلحة العامة إذا كانت تأبى تغليب الصالح الخاص عليها ، فإنها تتأذى وبذات القدر من إخلال الإدارة بالتزاماتها القانونية وخرقها لأحكام القضاء التي تنفيها يعد مفترضا أوليا لاستقرار الصالح العام ذاته . والحق أننا

(١) DUGRIP (O.) : op. cit. p. 18.

(٢) د. حسنى عبدالواحد : المرجع السابق . ص ٩٨ .

(٣) انظر : أ.د. محمد فؤاد عبدالباسط : القانون الإداري . اسكندرية . دار الفكر العربي . ١٩٩٨ . ص ٣٥٨ - ٣٥٩ .

هنا لا تغلب مصلحة خاصة على أخرى عامة ، وإنما نوازن بين مصلحتين عامتين : مصلحة عامة تستهدفها الأشخاص العامة بأعمالها ، ومصلحة عامة تتمثل في احترام أحكام القضاء . إذن هنا لامل لمصلحة المحكوم له ، وإنما هي مصلحة الدولة ذاتها في أن يقال أنها تحترم قضاءها من أن يقال أنها تهدره بحجة أنها تحمي الصالح العام ^(١) . إذن النظرة الفاحصة للمسألة تكشف عن أن التنازع لا يقوم هنا بين مصلحة عامة وأخرى خاصة ، وإنما يوازن بين مصلحة عامة وأخرى لا تنقل عنها عمومية . والمفاضلة تقضى إلى تغليب الثانية؛ لأنها تعبر عن سيادة القانون وجوهر الشرعية . ولو شئنا أن نستعير هنا عبارة للمحكمة الإدارية العليا ، وردت في غير هذا المقام . ولكنها مما يصح به الإستدلال في إجراء تلك المقارنة ، إذ نقول ... لا يكفي للقول بأن القرار الإداري غير مشروع أن يكون قد جانب غايات الصالح العام التي يحددها القانون ، وإنما يكون كذلك غير مشروع إذا استند إلى غاية من غايات الصالح العام يكون ظاهراً مؤكداً أنها أدنى في أولويات الرعاية من غايات ومبادئ صالحة قومية أسمى وأجدر بالرعاية ...) . لامية إذن في أن احترام الأحكام مصلحة أقوى وأجدر بالرعاية من المصلحة العامة التي يتغياها مبدأ الحظر لاسيما وأنه أيضا سوف يؤدي إلى رسوخ ثقة المتعاملين مع الدولة ، وضمان حقوقهم قبلها خاصة بعد توسعها في الدخول في الأنشطة التجارية والصناعية . الأمر الذي يشجع الأفراد على التعامل معها ، وتلك مصلحة عامة لاتدنيها في القيمة مصلحة أخرى .

(١) لعل هذا المعنى هو الذي امتثل في خاطر تشرشل رئيس وزراء بريطانيا الأسبق حين رفض بحزم عدم تنفيذ حكم قضائي بإزالة مطار حربي أثيم بجوار إحدى المحاكم البريطانية حال صاحبه دون تمكن قضاة المحكمة من الفصل في الدعاوى المطروحة عليهم ، مما أفضى إلى صدور حكم بإزالته . وعلى الرغم من أن ظروف الحرب حالئذ استلزمت إقامته إلا أن الرجل لم يتردد في قبول حكم القضاء والأمر بتنفيذه بإزالة المطار قللاً : أكرم لنا أن يقول العالم أن بريطانيا قد خسرت الحرب من أن يقول أنها لم تحترم أحكام القضاء .

وأخيراً يقال أن هناك وسائل خاصة لإكراه الأشخاص العامة على التنفيذ لاتعن معها الحاجة إلى اتباع طرق التنفيذ العادية كالنظم أو الشكوى إلى السلطات الرئاسية للجهة المختصة بالتنفيذ . وهذا المبرر - في رأينا - يحمل في ذاته اسباب هدمه ؛ لأن معناه أن الإدارة في شأن التنفيذ تكون خصما وحكما في آن واحد ، وذلك أمر أظهر من أن ندلل على قدر خطورته ، ومدى عدم فاعليته . ثم ما الذي يحول دون اعتساف الجهة الرئاسية في الفصل في الشكوى فلا تعباً بها ؟ ، وماذا عساه أن يفعل المحكوم لصالحه إذا لم تلق له بالا ، وماذا لو كان عدم التنفيذ بأمر من الجهة الرئاسية ذاتها ؟ . وهذا غالباً مايكون . والأدهى لو توصلت حلقات السلسلة الإجرائية وكان عدم التنفيذ راجعاً لأوامر رئاسية أعلى ، وتمتد الإجراءات صعوداً ، وتستغرق سنيناً عدداً تضعيع لطولها الغاية من الحكم ، فيكون مثل المحكوم لصالحه تماماً كمثّل المستجير من الرمضاء بالنار . ولعل هذا جميعه مادعا المستشار Costa إلى القول بأن هذا الحظر يمثل حجرة عثرة ، وحتلاً لامبرر مقبول له ، دون تنفيذ الأحكام الإدارية ^(١) .

ثالثاً : الحظر على القاضي الإداري توجيه أوامر إلى الإدارة :

٤ - على نحو ما جرى به حديث الفقهاء يحكم القاضي في علاقته بالإدارة اصل إجرائي مؤداه أن القاضي يقضى ولا يدير . ويقولون في حقيقة نشأته أنه محض تطبيق لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والإدارية ^(٢) . ولذا نراهم يرتبون عليه حظرين المعنى بهما للقاضي وحده : حظر بالألا يحل محل

COSTA (J.P.): L'exécution des décisions de justice A.J. 1995. ^(١)

Numéro Spécial du cinquantenaire. p. 227.

DEBBASCH (CH) et RICCI (D.C.) : contentieux administratif ^(٢)

Paris. Dalloz. 5^e edition. 1990. T. 2. P. 205.

PACTEAU (B.): contentieux administratif . Paris. P.U.F. Thémis.

2^e edition. 1989. P 290

الإدارة ، وآخر بالإمتناع عن توجيه أوامر إليها ^(١) . وقد القى هذا بظلاله على دوره فى تنفيذ أحكامه ؛ ذلك أنه مهما بلغ قدر امتناع الإدارة عن التنفيذ ، أو مدى توانيتها فى إجرائه ؛ ولما كانت درجة ترددها فى جدية انتهاك الحجة ، لايمك أن يوجه إليها أمرا لاجتياز التنفيذ خلال أجل معلوم ، ولا بطريقة إجرائه ^(٢) .

وقد يغمض الحكم أو ينتاب منطوقه ابهام يقضى إلى استغراق عباراته على نحو يستحيل أو يصعب معه تبيان كيفية تنفيذه . حالئذ لا يكون له أكثر من إيضاحه من خلال دعوى التفسير ، دون أن يتخذ من ذلك وليجة لأن يصدر أمرا إليها بوجوب التنفيذ على نحو معين ، أو فى مدة محددة ^(٣) .

ولا يتوقف الحظر عند هذا الحد ، وإنما يمتد ليدخل فى نطاقه وسائل التهديد المالى بتنفيذ الحكم ، إذ ليس فى مقدور القاضى الحكم على الإدارة بطرق تهديدية لحملها على التنفيذ إذا أهملت أو تأخرت فى إجرائه ^(٤) . وفى تبيان ذلك يقول مجلس الدولة الفرنسى إذا كان يناط بالقاضى أن يبين

(١) انظر فى التفرقة بين الحظرين : د. السيد محمد إبراهيم : مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية . مجلة الحقوق . السنة الخامسة عشر . ١٩٧٣ . العدد الأول . ص : ٦٩ وما بعدها .

(٢) C.E 20 janvier 1989, commissaire de la république déléguée pour la police à Marseille c/ douabou. R.D.P. 1990. P. 888.

C.E. 20 janvier 1988, syndicat national unique des personnel des forêts et de l'espace naturel cfot c/ office national des forêts . Rec. p. 26.

C.E 3 avril 1987. Consorts heugel Rec. p. 119. A.J. 1987. P. 534. Concl: Hubac.

(٣) محكمة القضاء الإدارى : ١٥ أبريل ١٩٥٤ . القضية رقم ٧٤٠ لسنة ٧ القضائية . مجموعة السنة الثامنة . ص ١١١٢ .

GUDEMET (Y.) réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif. Mél: Burdeau. Paris. L.G.D.J. 1977. P. 805.

الحقوق والالتزامات المتبادلة للمتداعيين ، وأن يقضى بالتعويض المستحق عما يلحق بهم من أضرار ، فإنه لا يسوغ له التدخل في إدارة المرافق العامة بأن يوجه أوامر تتطوى على التهديد بجزاء مالى سواء إلى الإدارة أم إلى أولئك الذين يقومون على إدارة مرفق علم ^(١) . ويسلك مجلس الدولة المصرى ذات الاتجاه ، إذ تقول محكمة القضاء الإدارى فى أوليات أحكامها : " إن هذه المحكمة ليست من هيئات الإدارة ، فلا تملك إصدار أوامر إدارية ، ومن باب أولى أن تقوم مقام الإدارة فى اتخاذ إجراء معين " ^(٢) . وتقول تارة أخرى أن " ... المحكمة لا تملك أن تكرها - أى الإدارة - على شئ من ذلك عن طريق الحكم بالتهديدات المالية " ^(٣) . وتبين المحكمة الإدارية العليا نطاق سلطة القاضى فى هذا الشأن بقولها ... لا تملك المحكمة أن تنصب من نفسها مكان الإدارة ... إذ ليس للقاضى أن يحل محل الإدارة فى إصدار القرارات الإدارية التى تعتبر نتيجة حتمية لحكم الإلغاء ^(٤) .

ولا ينبغي أن يعزب عن بالنا أن الحظر ليس مقصوراً على قاضى الموضوع فحسب ، وإنما يمتد إلى قاضى الأمور المستعجلة الإدارية ، إذ يلتزم هذا الأخير بعدم توجيه أوامر تنفيذ مستعجلة إلى الإدارة ، ولا أن يحكم عليها نتيجة لذلك بغرامة تهديدية للقضاء على ممانعتها ورفضها التنفيذ . فقد تولت قضاء مجلس الدولة الفرنسي على إلغاء الحكم المستعجل المتضمن توجيه

(١) C.E. 27 janvier 1933. Le loir. Rec. p. 136. D. 1934. P. 68. Concl. Detton.

(٢) محكمة القضاء الإدارى : ٢٨ مايو ١٩٤٧. القضية رقم ٧٧ لسنة ١ القضائية . مجموعة السنة الأولى . ص ٣٦٥ .

(٣) محكمة القضاء الإدارى ١٧ مايو ١٩٥٠ . القضية رقم ٣٥٥ لسنة ٢ القضائية . مجموعة السنة الرابعة . ص : ٨٠١ .

(٤) المحكمة الإدارية العليا : ٢٨ نوفمبر ١٩٥٩ . الطعن رقم ١٢٥ لسنة ٤ القضائية . مجموعة السنة الخامسة . ص : ٦٨ .

المحكمة الإدارية العليا : ٢٤ فبراير ١٩٧٤ . الطعن رقم ٣٨٩ لسنة ١٦ القضائية . مجموعة السنة التاسعة عشر . ص ١٨٠ .

مثل هذه الأوامر من تلقاء نفسه ، أى حتى ولو لم تنفع الإدارة بذلك . إذ أن المجلس يعد القاضى هنا متجاوزا لحدود اختصاصه الوظيفى ؛ لما يعيب - فى تقديره - ما يصدره بعيب عدم الإختصاص الذى يعد من الأمور المتعلقة بالنظام العام (١) .

والحجج التى يسوقها الفقهاء تبريرا لهذا الحظر تحتاج إلى وقفة متأنية . يقولون تارة ، على نحو ما ذكرنا ، أن الحظر يعد واحدا من مقتضيات مبدأ الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية (٢) ، ويعلنون تارة أخرى بأن مبرره يكمن فى الخشية على هيئة القاضى الإدارى ؛ ذلك لأنه لايمك من الوسائل ما يجبر الإدارة على تنفيذ أحكامه ، ولا على احترام ما يصدره إليها من أوامر يقتضيها تنفيذ هذه الأحكام . ولذا فإنه لو أمرها ، ولم تطعه ، فإن هذا يكون من أثره ضياع هيئته ، وقد احترامه (٣) . ويبدو أن تلك الآراء تدور بظاهرها فى حلقة مفرغة ، وتصادر بمذلولها على المغلوب ، إذ كيف نعتل قولهم بأن القاضى لا يستطيع توجيه أوامر للإدارة لتنفيذ أحكامه بزعم أنه لايمك ما يجبرها على الإمتثال لها إذا أثبت تنفيذها اختيارا ، وإذا سألتنا لما لا تكون له وسائل لإكراهها على ذلك يعلنون بأنه لاينبغى له استعمال هذه الوسائل ؟! .

ولعلنا لا نغلو إذا قلنا أن تلك الحجج يتصف الإعتصام بها بشئ كبير من عدم المعقولية ، وما كان ينبغى أن تظل عقية تمكث طويلا حائلة دون تدخل القاضى الإدارى لإجبار الإدارة على تنفيذ أحكامه ، وتمنعه من أن يكون كالقاضى العادى له دوره الفعال فى ضمان احترام أحكامه . ومما نؤيد به ما قد سلف فضلا عما ذكرنا ما يلى :

(١) انظر : د. محمد كمال منير : قضاء الأمور المستعجلة الإدارية . رسالة

دكتوراه . حقوق عين شمس . ١٩٨٨ . ص : ٧١٢ .

(٢) MEME (C.) : L'intervention du juge administratif dans L'exécution des ses décision . E.D.C.E. 1968. P. 41.

(٣) ODENT (R.) : cours de contentieux administratif . Paris. les cours de droit. 1978-1979. FaS: IV. P. 1284.

(١) التذرع بمبدأ الفصل بين الهيئات حجة واهية وإقحام للمبدأ فى غير محله :

٥ - أن يحول هذا المبدأ دون تدخل القضاء لتنفيذ أحكامه بإصدار أوامر تبين للإدارة مايجب عليها لتخاذه لتنفيذ الحكم ، فهذا مما لايمكن قبوله ، فلا منطلق للمبدأ ولاتاريخه بفضيان إلى ذلك الحظر . والقول بغير ذلك فهم له على خلاف حقيقته ، وحمله على غير وجهه ، لأنه لو كان حقا يحول دون هذا التدخل ، فلما - وكما يقول الفقيه الفرنسى chevallier - لم يمنع للقاضى العادى من توجيه أوامر إلى الإدارة ، ولماذا لم يحل بينه وبين إجباره لها على تنفيذ مايصدره من أحكام مستخدما فى هذا الشأن الغرامة التهديدية ؟! . ومما يلفت أن أحدا ينكر أن له فى حالات كثيرة منها غصب السلطة أن يأمرها ببرد ما اغتصب ، أو بطردها عما عليه بغير حق استولت ، أو بوجه عام إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل تدخلها ^(١) . بل إن للقاضى الإدارى ذاته يملك فى دعوى القضاء الكامل سلطات واسعة فى مواجهة الإدارة تصل إلى درجة تحديد مايجب عليها عمله تنفيذا لحكمه ^(٢) ، ولم نر معترضا على ذلك زاعما بأنه يمثل خروجا على هذا المبدأ . وعلى فرض أن الحظر يتأسس على هذا المبدأ ، اما كان أولى أن يساير أنصار هذا رأى منطقهم فيجعلون الحظر عاما طالما أنه يتأسس على أصل أو مبدأ واحد . فهل يعقل أن يتغير تفسير المبدأ بتغير القضاء الذى يفصل فى الدعوى أو حتى تبعا لنوع الحكم أو للدعوى ذاتها ، فيكون له تفسيران : احدهما يحظر أو يمنع والآخر يجيز أو يمنع !! .

وبفرض أن المبدأ يحظر على القاضى توجيه أوامر إلى الإدارة ، فقد

(١) CHEVALLIER (J.): l'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur A.J. 1972. P. 67.

(٢) انظر: أ.د. مصطفى أبوزيد فهمى : القضاء الإدارى ومجلس الدولة . قضاء الإلقاء . اسكندرية . دار المطبوعات الجامعية . الجزء الأول . ١٩٩٨ . ص : ٣٩٥

كان المقصود بذلك حال قراره القاضي العادي لأسباب أشهر من أن ندلل عليها. فمن الثابت أن مجلس الدولة لم يطبقه - أي الحظر - إلا منذ عام ١٨٧٢ ، هذا التاريخ الذي تحول فيه من طور القضاء المعقّد إلى القضاء المفوض^(١) . وقبل تلك الفترة كان المجلس لا يتردد في توجيه أوامر للإدارة ، ويذهب حتى إلى حد الحلّول محلها عمليا ، كما كان يجبر الجهات الإدارية على تنفيذ أوامره. غير أنه بصور قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢ تغير الوضع ، ودخل المجلس مرحلة القضاء المفوض . ومن وقتها امتنع ، ومن تلقاء نفسه ، عن توجيه أوامر للإدارة^(٢) . أما مبدأ فصل الهيئات فإنه برئ من تلك التبعة ، إذ لاحت تطبيقاته في الأفق القانوني - ~~مختصا~~ من مثالب المحاكم العادية التي كانت تسمى آنذاك بالبرلمانات وإعاقتها لأعمال الإدارة - قبل تلك الفترة بصور قانون ١٦-٢٤ أكتوبر ١٧٩٠ الذي حظر على القضاء العادي التدخل في أعمال الإدارة^(٣)

ومن هنا فإن تطبيق الحظر على القاضي الإداري لا أساس قانوني له ، وإنما مصدره تفسير قضائي موسع لمجلس الدولة أفضى إلى أن فرض على نفسه ، ومن تلقاء نفسه ، هذا القيد الذي كان القاضي العادي - المقصود به أساسا - أكثر منه جراءة على التحلّ منه^(٤) . فوسع سلطاته تجاه الإدارة معتبرا إياها خصما عاديا له أن يتخذ في مواجهتها كافة ما يتخذ في مواجهة الخصوم العاديين من وسائل تكفل الاحترام لأحكامه ، ولم يعترض أحد عليه

MOREAU (J.): droit administratif. Paris. P.U.F. Thémis. 1989. P. 27 (١)

VINCENT (J.) et autres: la justice et ses institutions. Paris. Dalloz. 4^e (٢)
edition. 1996. P. 417:418.

DEBBACH (R.): le juge administratif et l'injonction-la fin d'un (٣)
tabou. J. C.P. 1996. No: 16 ed Général-1-3724.

CHEVALLIER (J.): Du principe de séparation au principe de dualité. (٤)
R.F.D. Ad. 1990. p.712.

مدعيا بأن فيه اختلافاً بمبدأ فصل الهيئات^(١) . بل إن محكمة النقض الفرنسية ذاتها تؤكد في أكثر من حكم أن ما يأتيه القاضي العادي في هذا الشأن لا يعد خرقاً لمبدأ فصل السلطات ذاته^(٢) الأمر إن بالنسبة للقاضي الإداري لا يعد أن يكون ، وكما يقول الفقه ، نوعاً من التقييد الذاتي auto - limitation يفرضه هو على نفسه ولا علاقة له من قريب أو بعيد ، لا بمبدأ فصل السلطات ولا فصل الهيئات^(٣) .

ومن وجهة أخرى أن التفرع بالمبدأ لتبرير الحظر ينطوي على مغالطة ظاهرة . إذ بالرغم من وجوده يمارس القاضي الإداري على الإدارة سلطة الأمر ، ويتدخل ، ولو بشكل غير مباشر ، شئنا أم أبينا ، في شئونها ، وإلا فما معنى الرقابة الصارمة التي يمارسها على أعمالها ، تلك التي وصلت إلى حد كان محظوراً عليه من ذي قبل ، كالرقابة على التماس بين المخالفة ، والجزاء ، والرقابة على الخطأ الظاهر في التقدير ، ورقابة الموازنة بين التكاليف والمنافع ، والتوافق الزمني والمكاني بين الإجراءات الضبطية ومسببه . علينا أن نكون إذن على يقين بأن كل منها إن لم ينطو على طائفة من الأوامر الموجهة من القاضي إلى الإدارة ، فطى الأكل أنه يمثل بذاته أمراً ينبغى أن تراعيه مستقبلاً حتى لا يكون تصرفها عرضة للإلغاء أو سبياً للتعويض ، أو

COHEN (D.) : La cour de cassation et la separation des autorités^(١) administratives et judiciaires. Paris. Economica. 1987. P. 353.

Cass. civ: 21 juin 1988. Conseil regional du longuedoc rousillon ^(٢)
de l'ordre national des medecins c/ bozzi. bull. civil. 1988. T.1. No: 201.

cass. civ : 16 juillet 1986. Sivorm de la région d'Aigues. C/Morlureux.
Bull. Civil. 1986. T.1.No: 211.

CHEVALLIER (J.) : l'elaboration historique du principe de ^(٣)
séparation de la juridiction administrative et de L'administration activé . Paris. L.G.D.J. 1970. P. 189.

بمعنى آخر إذا لم تمتثل له فلن تجد قاضيا يقرأها على تصرفها المخالف لتلك الأوامر .

وإن تعجب فعجب أن يضرب هذا الحظر بنطاقه على مجلس الدولة ، وهو الذي ابتكر كبريات نظريات للقانون الإداري ، سواء في جوانبه الموضوعية أو الإجرائية ، وبما ابتدعه في شأنها من مبادئ كبرى تمثل علامات نهدي بها الإدارة في تصريف شئونها ، وتلزمها في عملها اليومي . فبلغها ابتداء قبل أن يصلها المشرع تقنيا ، فكان بمثابة المشرع الحقيقي لها . لا يمكن لمنصف أن ينكر أنها بمثابة أوامر ، حتى ولو اتسمت بالطبيعة غير المباشرة ، إلا أن لها طبيعة الأمر وكنهه . ورغم ذلك لم يقل أحد - وكما يقول الفقيه الفرنسي Delvolve - بأن هذا يهدم مبدأ فصل الهيئات ، على الرغم من أن القاضي في شأنها لم يخرج فحسب على مبدأ فصل الهيئات ، وإنما خرج على مبدأ فصل السلطات ذاته ؛ لأن ذات الجهة هي التي كانت تأخذ على عاتقها نشوء القاعدة الحاكمة للمنازعة ورقبها ، وهي التي تتولى في ذات الآن تطبيقها عليها ^(١) .

ولو فرضنا أن المبدأ يحول دون أن يصدر القاضي أوامر للإدارة ، فإن مقتضى المنطق يلزمنا بأن نجرى تطبيقه في صحيح موضعه ، أي نحصره على الحالات التي لاكتصل بمنازعة منظورة أمام القضاء . فلا يكون للقاضي أن يصدر أمرا بترقية شخص أو تعيين آخر ، أو منح ترخيص ، طالما كان هذا خارج نطاق الخصومة ، أي بشأن مسائل لم تطرح بخصوصها منازعة أمامه . هذا حقا مما لا يمكن قبوله ، وإلا نكون قد أجزنا له أن يعمل عمل الإدارة ، ورضنا له أن يمارس عليها سلطة رئاسية . ولكن حال يكون الأمر متعلقا بمنازعة منظورة أمامه سواء للفصل فيها أو لاتخاذ مايلزم لتنفيذ حكم أصدره ، فالأمر على خلاف ذلك تماما . وإلا لما قبل أن تكون له سلطة اصدار أوامر

DELVOLVE (P.) : paradoxe du (ou pardoxxes sur le) principe de (١)
séparation des autorités administrative et judiciaires. Mèl : chapus.
Paris. Monchrestien. 1992. P. 135.

تحقيق les injonctions d'instruction تتعلق بتحقيق الدعوى المطروحة عليه كالأمر بضم ملف أو تقديم مستند منتج في الدعوى ، كما لاحظ وبحق البعض^(١) . بل ولما نجيز له أكثر من ذلك الأمر بوقف تنفيذ قرار أصدرته مطعون فيه بالإلغاء كما يرى البعض الآخر ؟! ^(٢) . فهذا الأخير إن لم يعتبر تجاوزاً أمراً للإدارة بوقف سريان قرارها لحين الفصل في الدعوى موضوعاً فلا أقل من اعتباره تعطيلاً لقرار أصدرته ، يمكن القول معه بخروجه على هذا المبدأ ؛ لأنه يعد تدخلاً في شئونها ^(٣) . ولكن هذا القول رغم ظاهر منطقته يخالف المستقر فقها وقضاء بما يقطع بأن وجود المبدأ لا يحول دون السماح للقاضي الإداري بتوجيه أوامر للإدارة .

إن النظرة العابرة إلى الكثير من القوانين الأوروبية تكشف عن زيف هذه الحجة ؛ إذ أن تلك النظم ليست أقل احتراماً لهذا المبدأ من الأنظمة التي تتخذ حائلاً دون الاعتراف للقاضي بسلطة توجيه أوامر للإدارة ، ورغم ذلك تعترف له ، ليس فحسب بأنه يأمر الإدارة بما يراه لازماً لتقييد حكمه ، وإنما بتوقيع غرامة تهديدية عليها عن كل يوم تتأخر فيه عن التنفيذ كالقانون الألماني ^(٤) . هذا إلى أن القانون الإيطالي لا يتوقف عند هذا الحد ، وإنما يتماثل مع لقانون الإنجليزى في الاعتراف للقاضي الإدارى بالحلول محل الإدارة في اتخاذ القرار الذى كان يجب عليها اتخاذه تنفيذا لحكمه ^(٥) . وفي القانون البلجيكي يكون

(١) MODERNE (F.) : Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait - elle ? . R.F.D. Ad. 1990. P. 815.

(٢) AUBY (J.M.) : note sous c.e 26 mai 1995. Enta et autres. R.D.P. 1996. P. 525.

(٣) أ.د. محمد فؤاد عبدالباسط : وقف تنفيذ القرار الإدارى . اسكندرية . دار الفكر الجامعى . ١٩٩٧ . ص : ١٦ .

(٤) FROMONT (M.): L'exécution des décisions du juge administratif en droit français et allemand. A.J. 1988. P.243.

(٥) COSTA (J.P.) l'exécution des décisions des juridiction administrative en Italie. A.J. 1994. P.364.

لمجلس الدولة ذات السلطات ^(١) . ورغم ذلك جميعه لم يقل أحد في تلك الدول أن في ذلك خرقا لمبدأ فصل السلطات !.

وثمة رأى للفقير الكبير JEZE نسوقه حضا للزعم بأن المبدأ يجرر الحظر ، إذ قال مع مطلع هذا الفرق بأن هذا المبدأ ليس إلا خرافة قديمة اصطنعتها أنظمة مستبدية ، لا يستقيم وجوده الآن بما يربته من آثار مع دولة سيادة للقانون ^(٢) .

(٢) توجيه الأوامر مقتضى لحق المتقاضى في الفصل العادل لدعواه :

٦ - يمثل حق المتقاضى في الفصل العادل لدعواه le procès équitable - أو ما يطلق عليه الحق في المحاكمة العادلة - واحدا من أهم حقوقه الأساسية ^(٣) . وهذا الحق ليس مقصورا على نحو ماثع استعماله ، على كفالة حق الدفاع فحسب ، وإنما ينظر اليه في الإتجاه الحديث لقضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على أنه ذو ثلاث شعب : حق الإلتجاء الى القضاء الطبيعي ، حسن سير الخصومة بما يتضمنه من كفالة حق الدفاع ، وأخيرا الحق في التنفيذ الفعال للحكم ^(٤) .

وللتنفيذ الفعال في قضاء ذات المحكمة موجبات من أبرزها أن يجرى خلال مدة معقولة تسمح للإدارة بأن تنهيا وتتخذ مايلزم لهذا الشأن ، فإن

LEWALLE (P.): L'astreinte de granatie de l'efficacité des arrêts^(١) d'annulation prononce par le conseil d'Etat, Examen du droit francais et du droit belge. Mél. Auby. Paris, Dalloz 1992. p.579.

JEZE (G.): Principes généraux du droit public, Paris, Marcel Giard.^(٢) 1914. P.9.

ISRAEL (J): Droits et libertés fondamentales. Paris, L.G.D.J. 1998.^(٣) P.35

GUINCHARD (S.): Le procès équitable : droit fondamental. A.J.^(٤) 1998. Numéro spécial (les droits fondamentaux). P.191.

تجاوزتها فإن هذا يعد اهمالا يوجب مسئوليتها المدنية^(١) . ولعل هذا كان مدعاة إلى أن تعلن اللجنة الأوروبية في تقريرها فسي قضية Hornsly ضد الحكومة اليونانية بأن حق الطعن المكفول للمتقاضى يكون عديم القيمة إذا لم يكفل له الحق في التنفيذ السريع للحكم القضائي الصادر في هذا الطعن^(٢) . وهو ذاته ما حدا بالمحكمة الإدارية إلى الحكم بأن التزام الإدارة بالتنفيذ فسي دعوى الإلغاء لا يتوقف عند حد سحب القرار المحكوم بعدم مشروعيته ، وإنما يمتد ليشمل التزامها بترتيب حال لمختلف آثاره أيضا^(٣) . ولم يغيب عن القضاء الأوربي ، وهو يتصدى لبيان معنى التنفيذ الفعال للأحكام ، أن يجلو أهمية الدور القضائي في تحقيق هذا المفهوم . فهو يعتبره واحدا من أهم مقتضياته حتى وإن لم يصرح أحيانا بذلك ، فإن شواهد أحكامه تقطع بصحة هذا النظر . إذ نراه يعتبر تدخل القاضى بتوجيه أوامر للإدارة واحدا من مقتضيات التنفيذ الفعال للأحكام بل ويعدده العامل الرئيسى لأمرين : سرعة التنفيذ من جهة ، وتيسير مهمة الإدارة في تحقيق آثار الحكم من جهة ثانية . إذ لا معنى للإلتزام بسرعة التنفيذ إذا أوكل للإدارة أمره دون رقابة مصدر الحكم على إتمامه . بل إنه من اللحظة التى نتفق فيها جميعا على أن النفع الذى يرجوه المدعى من الحكم ليس مجرد بيان أحقيته فيما يدعى به ، وإنما جل همه فاعليته فى الحصول عليه ، أى إمكانية تحويله إلى واقع^(٤) ، لا بد أن تكون على يقين بلزوم تدخل القاضى لضمان فاعلية التنفيذ بعنصريه ؛ لأن تدخله من خلال ما يفرضه من أوامر يعد عاملا أساسيا لتحقيق هذا الغرض .

(١) C.E.D.H : 26 Septembre 1996. Zappia c/ Italie. D. 1997 P.209. note : Frederó.

(٢) Rapport du 23 octobre 1995. sur l'affaire d'Hornsly c/ Grèce. A.J. 1995. P.391. note. Flaúse.

(٣) C.E.D.H : 19 mars 1997. Hornsly c/ Grèce. A.J. 1997. P.986. note : Flaúse.

(٤) د. حنى عبدالواحد : تنفيذ الأحكام الإدارية . القاهرة . مطابع المجلس الوطنى ١٩٨٤ . ص : ٧ .

وتفسير ذلك أن هذه الأوامر إما أن تواجه رغبة للإدارة أئمة ، وإما أن توازر لها قصدا حسنا . فالقاضي من خلالها يقطع عليها سبل التحصيل على تنفيذ حكمه حال نزعها بغموض منطوقه ، أو تعللها بعدم استطاعتها معرفة كيفية تنفيذه ، وبذلك تتحقق سرعة التنفيذ . وإما أن تكون أوامر القاضي عونا للإدارة حال يحسن قصدها وترغب فعلا في التنفيذ . فذاك أمر يوضحه الفقيه Chevallier بمفاد قوله أن القاضي يتولى عن طريق أوامره بيان ما يجب على الإدارة القيام به لتنفيذ الحكم ، ويوقعها على طريقته مبينا نظامه ، والإجراءات التي يستلزمها ، إذ أنها قد تتردد في معرفة ما ينبغي عليها فعله ، وبذلك يبدد بأوامره غموض الحكم ، ويزيل بها إيهامه ، ويجلو لها حقيقة موقفها حياله ، والأمر سواء في دعوى الإلغاء أو التعويض ^(١) . ومن هنا يبرز دور توجيه الأوامر كوسيلة لضمان تنفيذ سريع وفعال لأحكامه ^(٢) .

ولعل تلك الرؤى هي التي أفضت بمحكمة العدل التابعة للجماعة الأوربية إلى أن تعدل مسلكا درجات عليه اقتباعا ، فبعد أن كانت ترفض توجيه أوامر إلى إدارات الدول التابعة للجماعة فيما يطرح عليها من منازعات تعد طرفا فيها ، نجد أنها في حكم حديث أجازت بمقتضاه حتى للقضاء الوطني لتلك الدول ، الأمر باتخاذ مايلزم لإكراه الإدارة على تنفيذ أحكامها بقصد حماية حقوق رعايا تلك الدول ، حتى ولو كان للقانون الوطني لايجيز توجيه تلك الأوامر ^(٣) . وفي حكم آخر ، اعترفت ذات المحكمة للقضاء المختص - مبينة سند ذلك - بسلطة توجيه أوامر إلى الإدارة لإصدار القرار الذي رفضته سلفا بناء على قانونها الوطني . وقد أسست ذلك على ضرورة تفعيل دور القاضي في تنفيذ قانون الجماعة الأوربية ممثلا في اتفاقية روما . وتفعيل هذا الدور

CHEVALLIER (J.) : L'interdiction op. cit. P. 87:88. (١)

JEZE (G.): Note sous C.E. 20 Janvier 1905. d'usine de villereplan. R.D.P. 1905. P.105 (٢)

C.J.C.E: 15 octobre. 1987. Union nationale des entraineuse, c/(٣)
Heylens . Rec. p.4017.

بعد من أوليات تحقيقه السماح للقاضي بتوجيه أوامر تنفيذية إلى الإدارة المعنية ^(١) .

(٣) سلطة القاضي في توجيه الأوامر شق من سلطته في الحكم :

٧ - يؤثر هذا الحظر العجب فعلا ، إذ كيف يحظر على القاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة رغم أنه يمارس هذه السلطة في كل حكم يصدره ؟! فالنظرة المتأنية للحكم يتبدى منها أنه لا يعدو أن يكون أمرا يوجهه مصدره إلى الإدارة إما بالقيام بعمل أو بالإمتناع عن آخر ^(٢) . ولعل وثوق الرابطة القائمة بين سلطة الأمر والحكم . ماحدا بالعوض إلى تشبيهها بالتمائل بين الشيء وظله ^(٣) . وهو يكشف من خلال هذا التصوير عن حقيقة مهمة للقاضي بأنها ليست مقصورة على أن يعطى حكما مجردا على والوعات الدعوى التي ينظرها فحسب ، وإنما لارم لاستكمالها أن يأتي وجهها الآخر باتخاذ ماسايلزم لتنفيذه ^(٤) . أي أنه بلغة اجرائية أكثر دقة ، لا يقتصر على بيان حكم القانون jurisdiction وإنما يتجاوز به إلى الأمر بما يجب تنفيذه imperium ^(٥) . ولنقف على مايقوله الفقيه Perrot تفسيراً لذلك : إن وظيفة القاضي لاتقتضى فحسبب النطق بحكم القانون ، وإنما أيضا سلطة الأمر باتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لكي يأخذ هذا الحكم طريقه إلى التطبيق العملي ، وتلك سلطة

(١) C.J.C.E : 19 Juin 1990, Secretary of State for Transports c/ Factortame. Rec. P.2417.

(٢) BARTHELEMY (J.) : L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution force dans le droit public. R.D.P. 1912. P. 505.

(٣) WEIL (P.) : Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir. Thèse , Paris. Pendone, 1952. P.60.

(٤) FREJAVILLE (M.) : La valeur juridique de L'astreinte. J.C.P. 1951 (٤) -1 - 910.

(٥) VIZIOZ (H.) : les pouvoirs du juge des référés en matière d'astreinte. J.C..P. 1948-1-689.

وفى استكباره لهذا الحظر يحلل أحد الفقهاء طبيعة أحكام القضاء الإدارى انتهاء إلى القول بأن هذه الأحكام هى فى حقيقتها أوامر موجهة من القاضى إلى الإدارة حتى ولو كانت كذلك بشكل غير مباشر . فهى جميعا تتطوى على أمر بفعل أو أمر بالإمتناع عن آخر . فالحكم الصادر مثلاً فى دعوى التعويض بمثابة أمر يفرض عليها أداء مبلغ التعويض المحكوم به ، والحكم الصادر بإلغاء رفض الترخيص يعنى أمراً إليها ، ولو بشكل غير مباشر ، بإصداره . وهو إن كان لم يصرح بذلك إلا أن أعمال مقتضاه بحكم التلازم تأدية ذلك ، فهو كغيره من الأحكام يتضمن فى ذاته التزاماً معيناً ، والإدارة عليها واجب قانونى مطلق بتنفيذ ما يتضمنه الحكم اتباعاً لما حددته القاضى . ومن هنا يتلازم حكم الإلغاء مع الأمر ، لأن معناه الفعل أو لا تفعل . (٢) ويبدو أن هذا ما قصده الفقيه الكبير Duguitt بقوله .. إن كل حكم يصدر من القاضى الإدارى هو بالنسبة للإدارة بمثابة توجيه أمر ، حتى وإن لم يكن صريحاً فعلى الأقل أنه أمر بالإمتثال لحجة الأمر المقضى به ، وإعمال كل ما يترتب عليه من نتائج (٣) .

ولعل هذا هو السبب الذى دفع القضاء العادى الفرنسى إلى ابتداء فكرة الغرامة التهديدية ، وأيدته محكمة النقض ، لأول مرة ، بحكمها الصادر فى ٢٨ ديسمبر ١٨٢٤ ، قبل أن تمتد إليها يد المشرع بالتقنين بمقتضى قانون ٥ يولييه ١٩٧٢ . إيماناً منها بأن دور القاضى لا يتوقف عند الحكم فى الدعوى ، وإنما يصاحبه الأمر بموجبات تنفيذه . ولأن وسائل الإجبار على الإمتثال له كانت منعدمة حالىئذ ، فقد وجد القضاء الفرنسى فى الغرامة التهديدية خير سبيل

(١) PERROT (R.) : Institutions judiciaires. Paris. Montchrestien.

3^e edition. 1989. P.39.

(٢) CHEVALLIER (J.): L'interdiction op. cit. p. 86.

(٣) CHEVALLIER (J.) : l'interdiction..... op. cit. p. 59.

لتحقيق هذه الغاية (١) .

ومن العجيب حقا أن يعتبر مجلس الدولة الإعتراف للقاضي بالحكم بغرامة تهديدية بقصد تنفيذ أوامره إلى المحكوم ضده ، أو مآخذ من أوامر تحقيق ، مبدأ من المبادئ العامة للقانون (٢) . وفي ذات الوقت يحظر على القاضي الإداري استخدام هذه الوسيلة ، رغم أنه لا يوجد في هذا الحكم الذي انتهى إليه ما يشير إلى اعتباره مبدأ يتعلق بجهة قضاء معنية . إذ جاءت صياغته عامة بما مفاده أنه لا يقتصر على القاضي العادي فحسب ، وإنما يمتد أيضا إلى القاضي الإداري أيضا (٣) .

وحتى ولو فرض أن المعنى بذلك هنا هو القاضي العادي ، فإن اعتباره من المبادئ العامة للقانون يوجب تطبيقه بالنسبة لجميع جهات القضاء ، على اعتبار أن طبيعة المبدأ تحول دون قصر أعماله على قاض أو جهة قضائية دون أخرى ، إذ يطبقه كل قاض لا باعتباره ينتمي إلى مجال قضائي بعينه ، وإنما باعتباره من المبادئ الأساسية العامة لكل القضاء لاسيما إن كان يتعلق بالجانب الإجرائي في التقاضي (٤) . هذا إلى أن مجلس الدولة بحكمه هذا قد اعتبر أن استخدام الغرامة التهديدية كوسيلة لتنفيذ القاضي لأحكامه وأوامره تمثل جزءا رئيسيا من وظيفته القضائية مما لا يكون معه مبرر لقصر أعماله على القضاء العادي دون الإداري (٥) .

CHABAS (F.): *Astreintes. Répertoire de procédure civile*. Dalloz. (١)
2^e édition T.I. Maise à jour . 1993. P.3.

C.E. 10 Mai 1974. Barre et Hanneet. Rec. p.276 A.J. 1974. P.545. (٢)

MODERNE (F.): *Etranger op.cit.* p. 800. (٣)

(٤) أ.د. فتحى والى . الوسيط فى قانون القضاء المدنى . القاهرة . دار النهضة العربية . ١٩٨٧ . ص : ١٣ ، ١٤ .

DU RURQUEC (E). *Astreintes: introduction*. j.c. pr. civil. Fas. (٥)
2120.1993. p.5.

رابعاً : قصور الوسائل التقليدية عن إجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية :

٨ - ابتدعت الأنظمة القانونية طائفة من الوسائل قصدت بها ضمان تنفيذ فعال للأحكام الإدارية . وهذه الوسائل رغم تعددها إلا أنه يمكن أن نجعل شتاتها في نوعين : وسائل قضائية ، وآخر غير قضائية (أو ودية) . ولكن على الرغم من وجودها إلا أن الإخلال الإداري بالتنفيذ لازال ظاهرة لافتة للنظر ، استأهلت حتى في فرنسا شكوى رجال القانون ، إذ تسجل كل عام هناك بنسب متفاوتة حالات لإعراض الإدارة عن التنفيذ ^(١) .

وهذا إن كان شاهداً على قصور تلك الوسائل في تحقيق غايتها إلا أن مايمكن أن ندلل به على هذا القصور ، هو الأسباب الباعثة إليه ، والتي تتمثل في اثنتين : نسبية فاعلية الوسائل للقضائية ، وعدم جدوى الوسائل غير القضائية .

(١) نسبية فاعلية الوسائل القضائية :

٩ - ليا كان الإجراء الذي تعبر به الإدارة عن إرادتها في عدم تنفيذ الحكم أو الذي يبنى عن عدم عزمها في النزول على مقتضى حجية الشيء المقضي به ، يكون للمحكوم لصالحه الإلتجاء إلى القضاء أملاً في إجبارها على التنفيذ متبعا أحد طريقين : إما طريق الدعوى الإدارية ، أو الدعوى الجنائية ، أم هما معا . وكلا الطريقين تعترضه صعاب تشكك في قدرته على تحقيق نتائجه .

(أ) الدعوى الإدارية :

١٠ - سواء كانت دعوى إلغاء لقرار الإدارة الصريح برفض التنفيذ ،

FRAISSEIX (P.): La réforme de la juridiction administrative par la loi ^(١) 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridiction et à le procédure civil, pénale et administrative. R.D.P. 1995. P.1053 (spéc. P.1072).

أو الضمى. بامتناعها عن الإمتثال للحكم ، أو كانت دعوى تعويض عن خرقها لحجية الشيء المقضى به ، وما ترتب على ذلك من أضرار بالمحكوم لصالحه. فإن المشكلة لا تكمن فى قبول القاضى لهذه الدعوى أو تلك ، ولا فى المكنسات التى يملكها المدعى هنا ، ولا السلطات التى تكون للقاضى بصدهما ، وإنما ممكن المشكلة فى الأثر المترتب على الدعوى ذاتها ، والمدى الزمنى الذى يستغرقه الفصل فيها . فماذا لو حكم القاضى بعدم مشروعية تمنع الإدارة عن التنفيذ ، ثم رفضت الإدارة مرة أخرى الإمتثال لهذا الحكم الأخير ، أو تحايلت على تنفيذه ؟! . ألم يحدث فى فرنسا معقل الديمقراطية أن مجلس الدولة الغى أكثر من ست مرات قرارا لأحد العمد بفصل أحد الموظفين ، وفى كل مرة يُلغى المجلس قرار العمد ، يصدر هذا الأخير قرارا جديدا بالفصل . ولقد شبه الفقيه الكبير هوريو ذلك بأنه عبارة عن مبارزة بين القاضى والإدارة . حقا كما يقول ذات الفقيه أننا فى مثل هذه الحالة نكون بصدد موقف سيئ التنظيم ، إذ لا توجد أى إجراءات عملية تمكن من التغلب على سوء قصد الإدارة ، كما لا يملك القاضى وسيلة فعالة تجبرها فى مثل هذه الحالات على الإمتثال لهذا الحكم (١) .

بل وعلى فرض حصوله على حكم بإلغاء رفض الإدارة تنفيذ الحكم الأول ، فكيف نجبرها على تنفيذ الحكم الثانى ؟ . حقا أنه لأمر مثير للسخرية، أن الدعوى التى ابتدعت لحماية المحكوم له من غت الإدارة فى التنفيذ تكون بحاجة إلى وسيلة لضمان فاعليتها ! . وأمام عدم وجود هذه الوسيلة ، ليس أملم المحكوم له إلا أن يقيم دعوى ثانية ، وثالثة ، ورابعة ... وهكذا ، ويدخل بذلك فى حلقة مفرغة ، كلما لجأ إلى الإدارة أملا فى التنفيذ امتنعت ، فيعيده امتناعها مرة أخرى إلى القضاء ، ثم يحيله هذا الأخير إليها بحكم جديد يلغى أو يقضى بتعويض عن معيب تصرفها ، وتكرر المأساة إلى حد لانهاية له . ولعل هذا مايعبر عنه الفقيه ريفيرو إذ يقول : " إن منطق الدعوى الإدارية فى هذه الحالة يفضى إلى أن تنقد كل ثقة المتقاضين فى فاعليتها ، وتنقد هى فى

(١) أشار إليه أ.د. سليمان الطماوى : المرجع السابق . ص : ١٠٧٤ .

حد ذاتها كل أهميتها ، يدور فيها المتقاضى فى حلقة مفرغة ، وسلسلة اجرائية لاحد لها ، فالإمتناع عن التنفيذ يمكن أن يلحق كل حكم يصدره القاضى بصرف النظر عما إذا كان حكما أصليا أم تبعا أى صدر بمناسبة عدم تنفيذ حكم ، ويصدر آخر لعدم تنفيذ الأول ، وثالث لعدم تنفيذ ثان . وهكذا دون أن يحصل على نتيجة عملية ^(١) . وما أجمل مما يشبه به ذلك الفقيه دور القاضى هنا إذ يقول أنه قد وقف فى منتصف الطريق لايصل بتلك الدعوى إلى نهايته مثله كمثل من يهوى بمعول على جذع شجرة فيأتى عليها ، غير أنه يسأى اجتنائها تاركا ذلك للعواصف والرياح !! ^(٢) .

وحال دعوى التعويض لا يقل قصورا فى هذا الشأن عن دعوى الإلغاء . فالواقع لازال يكشف عن مطالب لها يقدح فى فاعليتها . فسهى لالتحقق بتنفيذ الحكم كما هو معطوم ، وإنما تجبر الأضرار الناجمة عن عدم التنفيذ سواء تمثلت فى كسب فالت أو خسارة لاحقة ؛ ولذا فإنها لا تعتبر وسيلة جابرة على التنفيذ ، وإنما جابرة للضرر المترتب على تخلفه . ولذا يعبر عنها الفقيه Auby بأنها لاتحدو أن تكون ثمنا تشتري به الإدارة حريتها فى الإمتناع عن التنفيذ ، ووسيلة تحقق بها رغبتها فى الخروج على القواعد القانونية ، وخرق المشروعية ، وما أبخسه من ثمن إذا قورن بغداحة الخطأ ^(٣) .

وإلى ذات العيب يشير فقيه آخر بقوله : والسماح للمحكوم له بإقامة دعوى التعويض عن الخطأ المقترف ، والمتمثل فى عدم التنفيذ ، معناه أن الإدارة فى النهاية مستدفع للتعويض . ولكن تكون المشروعية قد انتهكت ،

RIVERO(J.): Le système français de protection des citoyens contre^(١) l'arbitraire administrative à l'épreuve des faits. Mél : Dabin. Bruxelles. Bryiant. 1963. T.2. p.813.

RIVERO (J.) Le Huron au palais-Royal ou reflexons naïves sur le^(٢) recours pour excès de pouvoir. pages des doctrine. Paris. L.G.D.J. 1980 T.2. p.225.

AUBY (A.M.): Note sous C.E. 17 Mai 1985. Mme Menneret. D.^(٣) 1985. P.583.

وتكون الإدارة قد حققت هدفها التي سعت اليه منذ البداية ، واشترت حريتها في مواجهة القانون بثمان زهيد ^(١) . بل إن مليزيد الأمر تعقيدا أن القاضى الإدارى لا يستطيع أن يفرض على الإدارة دفع التعويض المحكوم به . ومن هنا يلحق حكم التعويض مايجرى على الأحكام الإدارية عامة من الحاجة إلى وسيلة أخرى لضمان احترامه . ولا أدل على ذلك مما قضى به مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الشأن من أنه لايملك الحكم على الإدارة بأية تهديدات مالية بقصد إجبارها على دفع التعويض المحكوم به ^(٢) . حقا أن الذى سيفنع ثمن كل هذا فى نهاية الأمر هو المواطن سواء كان المتقاضى نفسه ، أم المواطن بوجه عام؛ وذلك لأن المتقاضى هو الذى يتكبد جل نفقات الدعوى لاسيما أتعاب المحاملة . خاصة وأن دعوى التعويض فى فرنسا على خلاف دعوى الإنفاء يجب رفعها عن طريق أحد المحامين المقبولين أمام مجلس الدولة . وكلما يطول وقت الفصل فيها ، تستلزم سلسلة إجرائية تستتبع الكثير من النفقات التى يتكدها صاحب الشأن ^(٣) . أما كيف يتحمل المواطن التعويض فذلك لأن الإدارة حين يحكم عليها به أن تدفعه من مالها الخاص ، وإنما تتحمل به خزائنة الدولة أخيرا ، فيكون عبء ذلك ملقى فى نهاية الأمر على عاتق مواطن الدولة سلبا أو إيجابا ^(٤) .

ويكشف جانب آخر من الفقهاء عن عيب جديد لدعوى التعويض يرتبط بالسياسة القضائية لمجلس الدولة بصدها ، وينتهى الى قوله بعدم فاعليتها لضمان تنفيذ الأحكام ؛ وذلك لأن مدة عدم التنفيذ التى تعطى صاحب الشأن حق اقامتها بعد تمامها غير محددة ، إذ أن النصوص المنظمة للإجراءات أمام القضاء الإدارى لم تحدها ، وإنما الأمر فى شأنها يعتمد على ظروف كل

RIVERO (J.) : Le système français op. cit. P.832 (١)

C.E. 14 Mars 1934. Sté de biscuiterie couvry. Rec. p.339. (٢)

THOUROUDE (J.J.) : Pratique du contentieux administratif. Paris . (٣)
Editions du Monsteur. 1992. P.157.

RIVERO (J.) : Le système français op. cit. P.832 (٤)

دعوى ، وما يصادف التنفيذ من عقبات تحول دون تمامه ، ورؤية القاضى لكل حالة ، ومدى تقادم الحق المطالب به (١) .

ومن ناحية أخرى أن إثارة مسؤولية الموظف الممتنع عن عدم التنفيذ عن خطئه الشخصى أمر يبدو من الصعوبة بمكان . وهذا يرجع إلى سببين اثنين : أولهما يعود إلى السياسة القضائية لمجلس الدولة بشأن مفهوم الخطأ الشخصى ، ذلك أن المجلس يصرف هذا المفهوم إلى معنى أضيق بكثير من معناه فى القضاء الجنائى بالنسبة للجرائم الجنائية ، ومن المعنى الذى يجريه حتى القاضى المدنى فى حالات غصب السلطة (٢) . ومن جهة أخرى أن هذا المفهوم يصطدم بعقبة تجعل المجلس يتردد فى شأنه ، وهى أن رفض التنفيذ لا يكون بإرادة الموظف ، ولا هو من عمله المنفرد به دون غيره ، بحيث يمكن القول بأنه كان وليد دوافع شخصية تثبت معها فى جانبه الخطأ الموجب لمسئوليته . وإنما هو ناتج فى الغالب عن تدخل العديد من الجهات الرئاسية ، أو حتى من الوزير نفسه ، وأحيانا يكون بأمر الحكومة مجتمعة . وهنا يصطدم بعقبة جديدة هى طاعة أوامر الرؤساء التى تنفى القصد العسمى فى جانب الموظف ، وتمثل عائقا يحول دون مسؤوليته الشخصية (٣) .

وبفرض أن دعوى التعويض مبرنة من كل تلك المطالب ، فإنها رغم ذلك لاتضمن بأى حال التنفيذ الحال والفعال للحكم الإدارى . فما تستلزمه من إجراءات طوال معقدة يحيط بها الغموض ، وتكتنفها ثغرات تقضى إلى ثغرات تجعل المدى الزمنى بعيدا بين المحكوم له ، والحصول على حقه فى عدالة

BRAIBANT (G.) op.cit.p.68. (١)

THOUROUDE (J.) : op.cit. p.158.

(٢) انظر : أ.د. محمد رفعت ، أ.د. حسين عثمان : القضاء الإدارى . اسكندرية . مطبعة التونى . ١٩٩٧ . ص : ٦٠٠ وما بعدها .

MADIOT (Y.) : Droits de l'homme. Paris. Masson. Droit, sciences (٣) économiques. 1992. P. 123.

سريعة وفعالة . ولعل هذا مانفع بالبعض إلى أن يعلن عن عدم فاعلية دور القاضى الإدارى فى تنفيذ أحكامه (١) .

(ب) الدعوى الجنائية :

١١ - لا نكر أنها تمثل وجها للحماية الدستورية للأحكام القضائية على اعتبار أن الدستور جعل الإمتناع عن تنفيذ هذه الأحكام أو تعطيلها من جانب الموظفين العموميين جريمة يعاقب عليها القانون ، ويكون للمحكوم له حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة (٢) . وتأتى المادة ١٢٣ من قانون العقوبات لتعاقب بالعزل كل موظف يستعمل وظيفته فى وقف تنفيذ حكم أو أمر صادر من المحكمة ، كما تعاقب كل موظف عمومي يمتنع عمدا عن تنفيذ حكم أو أمر بعد مضى ثمانية أيام من إذاره على يد محضر ، إذا كان تنفيذ هذا الحكم أو الأمر داخلا فى اختصاصه .

إنها حقا غايات نبيلة انطلوت عليها تلك النصوص . ولكن رغم ذلك لا يتردد البعض ، مستشهدا بواقع تطبيقها ، فى أن يعلن قصورها عن ضمان تنفيذ فعال للأحكام الإدارية ، إذ يقول ورغم مافى النصوص من قيم ومبادئ للمحافظة على حجية الأحكام واعلاء شأنها ، وتحقيق مبدأ سيادة القانون بالالتزام بمقتضاه إلا أن الواقع العملى يجد نفورا كبيرا فى أعمال هذه

(١) ينال بعض الفقهاء الفرنسيين على طول إجراءات التقاضى على نحو تضيق معه الفائدة المرجوة من الطعن ، وتنفذ معه الدعوى الإدارية جل أهميتها وسبب وجودها ، بأن الفترة التى يستغرقها الفصل فى هذه الدعوى أمام المحاكم الإدارية عاملان وشهر وعشرة أيام (وذلك فى عام ١٩٩٢) ، بينما تكون هذه المدة أمام محاكم الاستئناف الإدارية أربعة عشر شهرا (عام ١٩٩٣) ، أما مدة الفصل فى الدعوى المنظورة أمام مجلس الدولة عام ١٩٩٢ كانت سنتين ونصف ، بينما عام ١٩٨٩ كانت ثلاث سنوات وتسعة أشهر .

FRAISSEIX (P.) : op. cit. p. 1063.

(٢) المادة ٧٢ من دستور ١٩٧١ ، والمادة ٢٣٢ من قانون الإجراءات الجنائية معدلة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ .

الأحكام بصفة دائمة على وجود العديد من المشكلات التى لاتزال هذه النصوص القانونية قاصرة عن حلها ... (١) .

ولايكر جانب آخر من الفقهاء وجود مايمكن أن يقلل من فاعلية الدعوى الجنائية فى تحقيق ذات الغاية ، بقوله ... وجريمة الإمتناع عن تنفيذ الحكم جريمة عمدية يجب أن يتوافر فيمن يرتكبها ركن العمد . هذا الركن ينتفى إذا شاب الحكم غموض جعل الموظف المختص يمتنع عن التنفيذ مؤقتا حتى يستفتى الجهة المنظمة لمشئون الموظفين أو القسم الإستشارى بمجلس الدولة فى طريقة التنفيذ ؛ لأن الموظف فى هذه الحالة لم يعتمد الإمتناع عن التنفيذ ، وإنما الضرورة فقط هى التى دعت إلى الإمتناع مؤقتا عن ذلك حتى يتبين الموظف المختص الطريقة الصحيحة فى تنفيذ الحكم ... (٢) . وهذا بالطبع يكون مدعاة لتعطيل التنفيذ والقرار من المسؤولية عن الإمتناع عن اجرائه .

ويتشكك أيضا البعض الثالث من الفقهاء فى جدوى هذه الوسيلة بقوله بعد أن عرض لها ... غير أنه يحدث عملا أن تمتنع الإدارة عن تنفيذ أحكام مجلس الدولة خاصة تلك التى تلغى قراراتها بالفصل من الخدمة . بل إن نسبة كبيرة من الأحكام المتعلقة بقضايا الموظفين تظل معطلة مجمدة دون تنفيذ ، مما دفع مجلس الوزراء الى اصدار قرار فى صيف ١٩٧٣ بتنفيذ هذه الأحكام ، وإعادة تعطيل التنفيذ لاعتبارات شخصية أو مالية . وإذا كانت الإدارة غالبا ماتدعى تبريرا لعدم تنفيذ أحكام مجلس الدولة فى إعادة المفصولين اضرارا بمصالح العمل الذى تنفرد بتقديره ، ولاتشك أن فى ذلك اخلالا بمبدأ سيادة القانون يجب وضع حد له ، إذ أن مصلحة العمل يجب أن تراعى فى ظل احترام القانون ... (٣) .

(١) حمدى ياسين عكاشة : المرجع السابق . ص : ٤١٥ .

(٢) ابراهيم المنجى : التعليق على نصوص قانون مجلس الدولة . اسكندرية . منشأة المعارف . الطبعة الأولى . ١٩٩٦ . ص : ٨٨٨ .

(٣) أ.د. ماجد الطو : القضاء الإدارى . اسكندرية . دار المطبوعات الجامعية . ١٩٩٦ . ص : ٣٥٨ .

ولايفوتنا أن نشير إلى أن المشكلة التي تحدقنا من فاعلية الدعوى الجنائية ، فضلا عما سبق . هي الحصانة البرلمانية التي يتمتع بها الموظف المسئول عن عدم التنفيذ ، أو رئيسه سواء كان المباشر أم الأعلى ؛ ذلك أن طول إجراءات رفع الحصانة ، وما تصطبم به من عقبات لاسيما حين يكون الموظف أو رئيسه من حزب الأغلبية البرلمانية ، حائل يزداد الأمر تعقيدا ، ويطول تجمد الإجراءات ، وتنتهك الحجية تحت سمع القانون وبصره . وأظهر دليل على ذلك عدم تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري بإلغاء القرار الإداري بمنع الإحتفال بذكرى مصطفى النحاس رئيس الوزراء ورئيس حزب الوفد الأسبق الصادر في ١٩ أغسطس ١٩٨٠ ، وكيف وقتت الحصانة البرلمانية حائلا دون محاكمة المسؤولين عن عدم تنفيذ هذا الحكم جنائيا ^(١) .

وناهيك عن الحصانة وقدر أثرها في الحد من فاعلية هذه الوسيلة ، فإن ما يوهن في رأينا من هذا الأثر إصراف المحاكم الجنائية في الحكم بوقف تنفيذ ما تنقضى به من عقوبات في هذا الشأن لاسيما وأن الإدارة تلعب على حبال الإجراءات ، فترجيئ التنفيذ حتى قبل صدور الحكم في الدعوى الجنائية ، فإذا ما حانت تلك اللحظة سارعت به ، مما يجعل للقاضي يركن إلى الحكم بوقف تنفيذ حكم الإدانة . ومن جهة ثانية أن نظرية متأنية إلى النصوص التجريبية آفة الذكر يتجلى منها أن العقاب لا ينصب إلا حال توافر ركن العمد لدى الموظف الممتنع عن التنفيذ ، أما ذلك الذي أهمل أو تواني فيه فلا يمتد إليه . ويحضرنا في هذا المقام تعليق البعض على ذلك بقوله ... وبإستعراض الحل - بقصد الدعوى الجنائية - يتبين لنا مدى قصوره ، حيث تقتصر الجريمة على الإمتناع العمدى في الوقت الذي نرى فيه ضرورة تجريم كل من فعلى التراخي والإهمال في التنفيذ ، حيث يصعب عملا اكتشاف القصد العمدى في هذه الجريمة ، فيكفي مجرد وعد الموظف المسئول عن التنفيذ بالقيام به ، أو أنه جارئ اتخاذ إجراءات التنفيذ كي ينفي القصد العمدى ، ثم يتراخى فسي

(١) انظر تفصيلا : د. حسنى عبدالواحد : تنفيذ الأحكام الإدارية .. المرجع السابق.

. التنفيذ عقب ذلك لسنوات وسنوات . وكان ضروريا أن يشمل التجريم كل من الإمتناع العمدى والترأخى فى التنفيذ ، والتنفيذ بإهمال مع تنوع العقوبات حسب جسامة الجرم الكامن فى كل جريمة منها ^(١) .

وعلى فرض عدم صحة هذا النظر ، فهذا لا يبرئ تلك الوسيلة من شائبة القصور فى الفاعلية إذ أن ما يقدح فيها طول الوقت الذى تستغرقه المحاكم الجنائية فى الفصل فى تلك الدعوى لكثرة ما تنتظره من قضايا يضعف من أثرها الردعى . وهو وقت تستثمره الإدارة فى تحقيق رغبتها فى عدم التنفيذ ، أو لتقويت ثمرة كان يرجوها- المحكوم له من التنفيذ الحال . ولنا أن نساءل ما هى الفائدة التى تعود على المحكوم له اذا بلغت الدعوى الجنائية مداها، وحكم على الممتنع عن التنفيذ ؟. أن هذا الحكم لا يمثل مبتغاه ، فكل ما يعنيه تحقيق مقتضى الحكم الإدارى . وتلك مسألة لاتضمنها الدعوى الجنائية. وهذا ما يؤيده البعض بقوله ... وفى حقيقة الأمر أن المشرع عنى بالتجريم دون أن يكفل للمحكوم له الضمانات لتنفيذ ما بيده من أحكام ولم يتخذ حلا ايجابيا يساعده على كفالة التنفيذ ^(٢) .

وبغض النظر عن ذلك جميعه ، فإن أكبر وصمة تصيب دولة القانون أن يكون تنفيذ الأحكام فيها باتباع الأسلوب الجنائى . فليس من المعقول الإلتجاء اليه لتحقيق هذه الغاية فى الوقت الذى تحد الدول المتمدينة من الإعتصام به ، وتقلع عن اتباعه بالنسبة لجرائم عديدة لاتتكر خطورتها ^(٣) . حقا إن سلوك هذا السبيل أضحى مذموما لضمان تنفيذ الأحكام ؛ لأنه يكشف عن ادارة فى حاجة إلى تقويم سلوكها بسيف العقاب ، وإرهابها بسلاح التجريم مثلها كمثل

(١) د. حسن السيد بسيونى : دور القضاء فى تنفيذ أحكامه الإدارية ومدى فعاليته . مجلة المحاماة . العددان الخامس والسادس . السنة الثانية والستون . مايو ويونيه ١٩٨٢ . ص : ٣٢ .

(٢) د. حسن السيد بسيونى : المرجع السابق . ص : ٣٢ .

(٣) انظر فى ذلك : أ. د رمسيس بهنام : علم مكافحة الإجرام . اسكندرية . منشأة المعارف ١٩٩١ . ص : ٣٧٧ .

الخارجين على القانون في الوقت الذي يتوجب عليها أن تكون مثلاً لاحترام الشرعية ، وقوة في المسارعة الى تنفيذ أحكام القضاء دون خشية من العقاب وسطوته باعتبار ذلك شرطاً لازماً لأن تحوز ثقة المواطنين ، وأساساً لحسن قوامتها على مصالحهم .

(٢) عدم جدوى للوسائل غير القضائية :

١٢ - نظم المشرع الفرنسي وسيلتين للقضاء على عنيت الإدارة في التنفيذ هما : قسم التقرير والدراسات ، والوسيط Mediateur . ويبدو أن انحسار الصفة القضائية عنهما ، رغم أن قسم التقرير والدراسات يعد أحد أقسام مجلس الدولة ، جعلت بعض الفقهاء يصفها بالوسائل الودية ^(١) . وهو وصف يحمل على الظن في فاعليتها في تحقيق تلك المهمة . لسرى إذن قدر نصيب هذا الرأي من الصحة أو الخطئة .

(أ) قسم التقرير والدراسات :

١٣ - بموجب اللائحة رقم ٧٦٦ لسنة ١٩٦٣ الصادرة في ٣٠ يونيو ١٩٦٣ ، والمجلة بمقتضى مرسوم ٢٨ يناير ١٩٦٩ ، ورقم ٩٠٥ لسنة ١٩٨٨ الصادر في ٢١ سبتمبر ١٩٨٨ ، والمعدل في ١٥ مايو ١٩٩٠ ولائحة ٣ يوليو ١٩٩٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة ، أنشأ هذا القسم ، ونظمت وفقاً لنصوصه اختصاصاته بشأن تنفيذ الأحكام الإدارية . فوفقاً للمادة ٥٩ منه يكون للمحكوم له بعد انقضاء مدة ستة أشهر من اعلان الحكم الى الإدارة - مع مراعاة عدم التقيد بهذا الميعاد في حالة الاستعجال خاصة حالة ما إذا كان الحكم صادراً بوقف تنفيذ القرار المطعون عليه بالإلغاء - ودون تنفيذها لهذا الحكم ، الإلتجاء إلى هذا القسم بقصد تذليل العقبات الإدارية التي تحول دون ذلك . ويتولى القسم فحص الطلب ، وله في سبيل تلبية مهمته الإتصال بالوزير

CHABANOL (D.) : La paratique du contentieux administratif devant (١)
les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. Paris.
Litec. 2^e édition. 1992. P.216

المختص ، وإحاطته علما بموقف الجهة الإدارية التابعة له الممتنعة أو المتراخية في التنفيذ . ويحق للوزير وفقا للمادة ٥٨ من ذات المرسوم أن يطلب من القسم أن يوضح للجهة الإدارية المعنية كيفية تنفيذ الحكم ، والخطوات اللازمة لوضعه موضع التطبيق العملي . وفي هذه الحالة يكون لرئيس القسم أن يخطر بذلك رئيس القسم القضائي بمجلس الدولة أو رئيس المحكمة الإدارية أو رئيس محكمة الاستئناف الإدارية التي اصدرت الحكم . وأخيرا يلتزم قسم الدراسات بنشر تقرير سنوي عن أعماله ، وماتم تنفيذه من أحكام ، وما رفض تنفيذه منها مع ذكر الجهات الإدارية الممتنعة عن التنفيذ وأسبابه^(١).

وعلى قدر محاولة المشرع تفعيل دور قسم التقرير والدراسات بشأن تنفيذ الأحكام الإدارية إلا أن اجماع الفقهاء الفرنسيين يكاد ينعقد على عدم فاعلية هذا الدور لعدة أسباب : فمن ناحية أنه غير مقترن بأية جزاءات تكفل لما يتخذه من إجراءات الفاعلية ، إذ كل ما يملك اتخاذه حال عدم امتثال الإدارة له ، هو أن ينشر أنباء ذلك في تقريره السنوي بمجلة مجلس الدولة "دراسات ووثائق" ، ومن المعلوم أن الإكتفاء بالنشر لا يمكن أن يعد جزاء يحمل الإدارة على الإمتثال لما اتخذه . حتى ولو فرض أن له وصف الجزاء ، فهو جزاء غير رادع لا يمكن أن يجبر الإدارة على التنفيذ ، وهذا ما أثبتته الواقع فعلا^(٢). ومن جهة ثانية أن القسم لا يملك توجيه أوامر للإدارة بالتنفيذ تلتزم بعمل مقتضاها ، وإنما ما يصدره لا يعدو أن يكون مجرد توصيات أو توجيهات لاترقى إلى مرتبة الأوامر الملزمة^(٣) .

(ب) نظام الوسيط :

١٤ - أنشأ بمقتضى القانون رقم ١٩٧٣ لسنة ١٩٧٣ الصادر في ٣ يناير

DE BAECQUE (F.): La commission du rapport et des études et (١)
l'exécution des décisions de justice. E.D. C.E. 1982. 1983. P.175.

DUGRIP (O.): op. cit. P.12.

(٢)

GUETTIER (ch.): Execution des jugements. j.c. Ad. 1995. Fas. 1112.(٣)
P.14 et ss.

١٩٧٣ والمعدل بالقانون رقم ٢١١ لسنة ١٩٧٦ الصادر فى ٢٤ ديسمبر ١٩٧٦ . وهو عضو برلمانى يقوم بدور الوسيط بين المحكوم له والإدارة ، يلجأ إليه لإجبارها على تنفيذ حكم رفضت أو أهملت فى تنفيذه^(١) .

ولقد نظم المشرع طريقة عمله ، فطلب توافر ثلاثة شروط لطلب وساطته : أولها أن يكون الحكم المطلوب تنفيذه صادرا من جهة قضائية سواء كانت قضاء عدليا أم اداريا . والآخر أن يكون الحكم حائزا لقوة الأمر المقضى به ، أى لا يكون قابلا للطعن بطرقه العادية ، وإن كان يقبل الطعن بالطرق غير العادية كالإلتماس بإعادة النظر والنقض . وأخيرا يجب أن يتقدم المحكوم له بطلب وساطته^(٢) . وإذا كانت سلطات الوسيط تفوق فى هذا الشأن سلطات قسم التقرير ، إذ أنه يستطيع توجيه أوامر الى الإدارة بضرورة التنفيذ، وله أن يحدد لذلك مدة زمنية معينة ، إلا أنه نادرا ما يستعملها لدرجة أنها لم تمارس إلا مرة واحدة عام ١٩٩٠^(٣) . وحتى على فرض تعدد ممارسته لتلك السلطات فإنها تكون عديمة الفاعلية ، إذ تظل عاجزة عن تحقيق هدفها فى اجبار الإدارة على التنفيذ . ومرجع ذلك إلى أنها لم تقرر جزاءات يمكن أن يوقعها على الإدارة حال عدم الإمتثال لها^(٤) . إذ أن كل ما يستطيع فعله أيضا أن ينشر فى تقرير سنوى خاص به فى الجريدة الرسمية عن نكوص الجهة المعنية بتنفيذ الحكم ، ورفضها الإمتثال لأوامره بهذا الشأن^(٥) .

وحتى لو فرضنا جدلا أن تلك الوسيلة تقرر جزاءات تقلل من دورها ،

(١) LE CLERCQUE (J) et autre : droit administratif. Paris Litec. 1992. P. 59.

(٢) BRAIBANT (G.) : Les rapports du mediateur A.J. 1977. P.283.

(٣) THOUROUDE (J.J.) : op. cit. P. 159.

(٤) DUPUS (G) et autre : Droit administratif. Paris. Armand Colin. 3^e édition. 1991. P.52.

(٥) DE LAUBADERE (A) et autres: Traite de droit administratif. Paris L.G.D.J. 14^e édition. 1996. T.I.P. 452.

فإن ما يقدح في أثرها ، ويضعف من شأنها ما تستلزمه من وقت وما تتطلبه من إجراءات ومداولات بين الجهة المعنية وبين الوسيط بشأن التفاوض حول امكانية التنفيذ وطريقته . وهذا بالقطع يتعارض مع مقتضيات حق المتقاضى في عدالة سريعة . ويبدو أن هذا ما أفضى بالفقه إلى أن يحسم رأيه بشأنها معتبرا إياها وسيلة غير فعالة في حمل الإدارة ولو كرها على احترام حجية الأحكام الإدارية ^(١) .

المشروع والأخذ بنظام الغرامة حالا لمشكلة تنفيذ الأحكام الإدارية:

١٥ - مثل بقاء المبادئ السابقة ، كما كان لقصور المبدأ للمالفة في حمل الإدارة على تنفيذ ما يصدر في مواجهتها من أحكام ، دافعا قويا للمشروع إلى الأخذ بفكرة الغرامة التهديدية ، ولأول مرة ، كغرامة تنفيذ هذه الأحكام ^(٢) . ليحقق رغبة حتى رجال القضاء الإداري أنفسهم الذين طال - كما يقول المستشار بريان - تطلعهم ليوم يتدخل فيه القانون الإداري بفاعلية في تنفيذ أحكامه ^(٣) . أو كما يقول رجال الفقه : أن يغلق للقاضي الإداري قوسا قد فتحه بنفسه منذ نهاية القرن الماضي ^(٤) . وتطبيقا لذلك صدر القانون رقم ٥٣٩ لسنة ١٩٨٠ في ١٦ يولييه ١٩٨٠ - استغرق إعداده ثلاث سنوات وثلاثة أشهر منذ إيداع الحكومة لمشروعه في ١٩ أبريل ١٩٧٧ ، وحتى صدوره في ١٦ يولييه ١٩٨٠ - لينص في ملته الثانية على أن لمجلس الدولة ، في حالة عدم تنفيذ حكم صادر من القضاء الإداري ، الحكم ، ولو بصفة مباشرة ، بغرامة

(١) DEBASCH (ch) et RCCI () : op. cit. P.627.

AUBY (J.M.) : op. cit. P. 584.

DELVOLVE (P.) : op. cit. P.111.

(٢) BURKI (E.P.) : Gestion d'une loi avortée : quelques remarques a propos du projet de la loi relative aux astreintes prononcées en matière administrative. R. Ad. 1979. P.40.

(٣) BRAIBAN (G.) : Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir. E.D.C.E. 1961 p.53.

(٤) MODERNE (F.) : Etrangère aux pouvoirs du juge l'injonction ? (٤) pourquoi le serait - elle . R.F.D. Ad. 1990 . p. 798.

تهديدية على الأشخاص الاعتبارية العامة ، بقصد ضمان تنفيذه ^(١) . ثم صدرت لاحته رقم ٥٠١ لسنة ١٩٨١ فى ١٢ مايو ١٩٨١ لتضع الإجراءات اللازمة لتطبيقه ، بما تضمنته مادتها الرابعة التى أدخلت ، لهذا الغرض ، المواد من ١/٥٩ الى ٥/٥٩ فى اللائحة رقم ٧٦٦ لسنة ١٩٦٣ الصادرة فى ٣٠ يولييه ١٩٦٣ بشأن تسيير وتنظيم مجلس الدولة ^(٢) .

وبرغم الدوى الهائل لهذا القانون كان عرضة لعدة انتقادات من أبرزها مايلي :

(أ) قصور سريانه على الأحكام الصادرة ضد أشخاص القانون العام فحسب دون غيرهم من أشخاص القانون الخاص المكلفة بإدارة مرفق عام . وهو قصور أفضى بلا مبرر قانونى الى خروج طائفة كبيرة من الأحكام الإدارية من الخضوع لنظام الغرامة ، وحرمانها بالتالى من ضمانات تنفيذها بسرعة وفاعلية . وهذا على الرغم من تماثل هذه الأشخاص مع الأشخاص العامة من حيث طبيعة ما تشغل به ، وما يتمتع به من امتيازات السلطة العامة . فهى تقوم بإدارة مرفق عام مستخدمة فى ادارته أساليب القانون العام الأمر الذى يقضى إلى اعتبارها جزءا من الإدارة ^(٣) . ويؤدى - تحقيقا لهذا المعيار المزدوج - إلى سريان نظام الغرامة على ما يصدر فى مواجهتها من أحكام قدر سريانه على تلك الصادرة ضد أشخاص القانون العام ^(٤) .

(ب) ركز المشرع الإختصاص بالحكم بالغرامة فى يد مجلس الدولة ، فجعل له وحده الإختصاص الإستثنائى بكفالة تنفيذ كافة الأحكام الإدارية . وهذا ترتب عليه حرمان المحاكم الإدارية ، ومحاكم الإستئناف الإدارية

D. 1980 : législation. P.286. (١)

D.1963. législation. P.290 (٢)

RIVERO (J) et WALINE (J) : op. cit. p.205. (٣)

DAHER (A.): La faillite de facto-de la loi sur les astreintes administratives. R.Ad. 1992. No. 269 p. 409. (٤)

من حقها في ضمانات تنفيذ أحكامها بغير مبرر . بل إن هذا يخالف السياسة التشريعية التي انتهجها في تنظيم الغرامة في الأحكام المدنية بمقتضى القانون رقم ٦٢٦ لسنة ١٩٧٢ الصادر في ٥ يولييه ١٩٧٢ بشأن اصلاح المرافعات المدنية . إذ اعترف في مادته الخامسة لكل محاكم القضاء العادى سلطة الحكم بالغرامة التهديدية لضمان تنفيذ مآتمره من أحكام (١) . فلرند بلا مبرر للتميز عن هذا النهج بخصوص الأحكام الإدارية . هذا إلى أن استئنار المجلس بسلطة الحكم بالغرامة يزيد من أعبائه القضائية ، إذ تتعدد اختصاصاته بشكل ينسوء بحمله . فضلا على اعتباره قاض موضوع لبعض المنازعات ، فهو قاض طعن سواء كان استئنافا لم نقضا بالنسبة للمحاكم الدنيا ، وجهات القضاء الإدارى المتخصص . وهذا يكون مدعاة لتأخير الفصل فى طلبات الحكم بالغرامة مما يستتبع حتما تعطيل تنفيذ الأحكام ، الأمر الذى يتعارض مع الهدف من تطبيق نظام الغرامة فى هذا النطاق .

(ج) لا يمكن الحكم بالغرامة إلا فى حالة عدم تنفيذ الحكم الإدارى . بمعنى أن الحكم بها لا يتلزم مع الحكم الأصلى ، أى لا يصدر مقترنا به مباشرة فور الطعن بهذا الأخير . وهذا على خلاف الوضع بالنسبة لقاضى الغرامة المدنية إذ أن له الحكم بها فى ذات الوقت الذى يصدر فيه الحكم الأصلى ، فبعد حكمه بها جزءا من منطوق هذا الأخير . ولعل هذا تفسير ماذهب إليه البعض من أن حكم الغرامة الإدارية على خلاف الغرامة المدنية . يمر بمرحلتين : مرحلة النطق بالحكم الأصلى ، ومرحلة الحكم بالغرامة . وهذه الأخيرة لا يمكن تحقيق مقتضياتها إلا بعد ظهور عنت الإدارة أو رفضها تنفيذ الحكم الأصلى . وهذا أيضا يمثل خروجا من المشرع على ذات النهج الذى التزمه فى قانون ٥ يولييه

CHABBS (F.) : la réforme de l'astreinte (loi du 5 juillet 1972). D. (١)
1972. P. 271.

(د) عدم اعتراف المشرع في هذا القانون للقاضي الإداري بمسئولية توجيه أوامر تنفيذية les injonctions d'exécution - أثرتنا أن نطلق عليها الأوامر التنفيذية تميزا لها عن أوامر التنفيذ المعروفة في نطاق قانون المرافعات - يستلزمها تنفيذ حكمه . وهذا يجعل دور الغرامة في تحقيق هدفها محدود الفاعلية ، إذ كما أن الغرامة سبيل للإجبار على تنفيذ الحكم الإداري ، فإن الأوامر أيضا تمثل طريقا منتجا لتسيير هذا التنفيذ. بل إن اقرار الغرامة يعد فرصة قانونية للاعتراف للقاضي بمسئولية توجيه الأوامر حتى لا يبقى ثغرة للتعذر بأن الحظر المفروض عليه بالأمر يوجه تلك الأوامر سببه أنه لا يملك وسائل الإجبار على تنفيذها. إذ أن الغرامة تمثل في هذه الحالة أداة فعالة لا لفرض تنفيذ الحكم الأصلي فحسب ، وإنما أيضا لما يصدر من أوامر يستوجبها تنفيذه . وهنا تبدو معالم وظيفة جديدة للغرامة فلا تكون السبيل لفرض احترام الأحكام المجردة فحسب ، وإنما أيضا وسيلة للإجبار على تنفيذ ما يرتبط بها من أوامر تنفيذية ^(١) . ولعل هذا ما يفسر قول بعض الفقهاء من أن هناك علاقة وطيدة بين الغرامة والأوامر : فالأولى وسيلة أساسية لضمان احترام الثانية ، فالقاضي حتى يضمن عصيان أوامره ، عليه أن يقرن منطوق حكمه بحكما بالغرامة توقع حال رفض الإمتثال لها ^(٢) .

وتناديا للإنتقاد الأول صدر القانون رقم ٨٥٥ لسنة ١٩٨٧ في ٣٠ يولييه

(١) BON (P.) : un progrès de l'Etat de droit : la loi du 16 juillet 1985 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique. R.D.P. 1981. P.5.

(٢) GOURDOU (J.) les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'ingonction et d'astreinte. R.F.D. Ad. 1996. P. 333.

(٣) RIVERO (J) et WALINE (J) : droit administratif Paris, Dolloy, 16^e édition. 1996. P.203.

١٩٨٧ ، فأضاف الى المادة الثانية من قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ فقرة جديدة بمد نظام الغرامة الى الأحكام الصادرة في مواجهة الأشخاص الاعتبارية الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام ، وتطبيقا لذلك صدرت لللائحة رقم ٣٣٦ لسنة ١٩٨٨ في ١١ ابريل ١٩٨٨ معدلة لللائحة تطبيق هذا القانون رقم ٥٠١ لسنة ١٩٨١ (١) .

ثمان سنين مضت على هذا التعديل حتى صدر القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥ في ٨ فبراير ١٩٩٥ بشأن الهيئات القضائية والمرافعات المدنية والجنائية والإدارية الذي أجرى اصلاحا قضائيا لم يعرف القضاء الإداري مثيلا له في تاريخه . يكفي أنه أهدر الحظر المضروب على القاضى الإداري الفرنسي في توجيه أوامر للإدارة ، فضلا عن تفاديه الانتقادات الأخرى الموجهة إلى تشريع الغرامة . وتجلت مظاهره الإصلاحية في عدة أمور نذكر منها ثلاثة : أولها أنه اعترف لمحاكم القضاء الإداري : مجلس الدولة ومحاكم الإستئناف الإدارية ، والمحاكم الإدارية بسلطة توجيه أوامر للإدارة يستلزمها تنفيذ أحكامه . وفي بحثه الدستورية هذا القانون أكد المجلس الدستوري أن الاعتراف للقاضى الإداري بسلطة توجيه هذه الأوامر لا يعد خرقا لمبدأ فصل السلطات ، وإنما هو من مقتضيات تفعيل دوره في تنفيذ ما يصدره من أحكام على نحو يستوجب مبدأ خضوع الدولة للقانون ، مما يؤكد عدم تعارض ذلك مع أى نص دستوري (٢) . والآخر أنه منع تركيز سلطة الحكم بالغرامة فى يد مجلس الدولة فأعطى للمحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية هذه السلطة لضمان تنفيذ أحكامها . فأصبح اختصاص مجلس الدولة مقصورا على الحكم بالغرامة لضمان تنفيذ الأحكام التى يصدرها ، وتلك الصادرة عن جهات القضاء الإداري المتخصص . والآخر اعترف لتلك المحاكم بالحق فى الحكم

D. 1987 Législation. P.333.

(١)

C.C 2 février 1995. J.C.P. 1995 – 3 – 67295.

(٢)

بغرامة تهديدية لضمان تنفيذ أمرين : الأحكام الصادرة عنها ، والأوامر التنفيذية الصادرة عنها لتنفيذ هذه الأحكام (١) .

إن مقتضى المادة ٦٢ من هذا القانون أضيف الفصل الثامن في الباب الثاني من الكتاب الثاني من نقيين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية بعنوان : تنفيذ الأحكام . ويشمل ثلاث مواد : ٢/٨ ، ٣/٨ ، ٤/٨ اعترف بمقتضاها لتلك المحاكم بالسلطات السابقة ، أما المادة ٧٧ من ذات القانون فقد أدخلت على قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ مادة جديدة برقم ١/٦ التي أعطت مجلس الدولة ذات السلطات آفة البيان (٢) .

خطة البحث :

١٦ - بتلك القوانين أسس المشرع بنين نظام الغرامة التهديدية . غير أن الممعن نظرا في صياغة بعض نصوصها يتبدى له أنها لم تأت بإجابة واقية عن كل ما قد يعتل في ذهن الباحث أو المطبق من تساؤلات يتحدد على ضوئها تفصيلا نظام الحكم بها ، أو يتجلى على أساسها معالمه الإجرائية كلية . ربما كان مرد ذلك إلى جدة التنظيم التشريعي لهذا النظام ، فانفكت منه ما كان حريا أن يتضمنه ، أو مرجعه إلى أن المشرع غلبته عادته في المواد الإدارية ، إذ صعب عليه أن يعرض بأحكام تفصيلية لما يستلزمه تطبيق ما ينظمه أو ما يواجه به في الواقع ما ينشأ من حادئات مستقبلة . رب عذره أن الأمر يفوق حد الإستطاعة ، إذ مهما تهاوت دقته ، وبلغ قدر حدسه بمجريسات المستقبل لا يمكنه أن يفصل لكل ذلك بدقة ما يخصه من أحكام . ومن هنا يكون القاضى أفضل على مواجهة ذلك منه ، فهو بحكم اتصاله المستمر بمنزعات الإدارة أقدر على أن يتصدى بحكم ملامع لما قد يستجد من واقعات عجز النص عن الإحاطة بها ، أو يضع من الضوابط ما يحد من إطلاق النصوص إطلاقا

J.O. 9 fevrier 1995. P. 2175.

(١)

(٢) صدرت لائحة تطبيق هذا القانون رقم ٨٣١ لسنة ١٩٩٥ في ٣ يولييه ١٩٩٥ .

J. O. 6 juillet 1995. P. 10127.

بجردها من قيمتها أو يخرجها عن إرادة المشرع . والقاضى هنا لا يبتدع متحلا من كل قيد ، ولا يبتكر متحررا من سلطان المشرع . وإنما يعمل فى فلكه ، وفى نطاق تفهمه لروح مشرعه . معبرا بما أتاه عن إرادته الضمنية مغلبا إياها عما عداها ^(١) .

إنه الدور الإنشائى الذى قاد مجلس الدولة ليساهم مع المشرع فى صياغة نظام الغرامة واضعا فى ضوء تفهمه لتشريعها من الضوابط مخصص به عمومها ، وقيد مطلقة ، تخصيصا يجلو جانباً من شروط انطباقه ، وتقييدا يبين عن معالمه الإجرائية . مستهدفا بذلك تحقيق ذات الإعتبارات التى حرص المشرع على تأكيدها : ألا تسمى الإدارة بسلطتها الى الأحكام فتهدر حجبتها ، وألا يتخذ المتقاضون من الغرامة سبيلا للإثراء بغير سبب على حسابها ^(٢) .

وإن شئنا - استهزاء بذلك جميعه - أن نضع تنظيما يلملم شعث تفرق هذا النظام على نحو يبسر البحث فيه ، فإنه يمكن القول بأن أصوله تتضمن الى بعضها فى نسق يمكن من خلاله تصنيفها الى نوعين : شروط لازمة للحكم بالغرامة ، واجراءات الإلتحاق للحكم بها . وما يدعم قناعتنا بتلازمهما قضاء مجلس الدولة المتواتر على أن قيام احدهما لا يكفى بمجرد الحكم بها ، وإن كان يستوجب - تحقيقا لهذا الغرض - توافره .

لنرى إذن تفصيل ماقد سلف من خلال الفصلين التاليين :

١ - شروط الغرامة التهديدية .

٢ - اجراءات الغرامة التهديدية ^(٣) .

RIVERO (J): Juge administratif: un juge qui gouverne. D. 1951. (١) P.21.

GERBERT (M.): Rapport au non de la commission des lois- Ass. Nat.(٢) 1977- 1978. Séance du 17 mai. 1977. P. 4 et ss.

(٣) ليعذرنا القارئ فى ندرة مايجده من مراجع عربية ، إذ أن هذه أول دراسة لهذا الموضوع - فى حدود ما تعلم - فى الفقه العربى ، فى نطاق المرافعات الإدارية.

الفصل الأول

شروط الغرامة التهديدية

تمهيد :

١٧ - فى صياغة عامة جاء نص المادة الثانية من قانون الغرامة - قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠- على أن لمجلس الدولة ، فى حالة عدم تنفيذ حكم صادر عن القضاء الإدارى ، الحكم ، ولو مباشرة ، بغرامة تهديدية على الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام ، بقصد ضمان تنفيذه . غير أنه بصور قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ خصص عموم هذا النص ، اذ نصت مادته السادسة والسبعون على عدم تطبيقه فى الحالات المنصوص عليها فى المادتين ٣/٨ ، ٤/٨ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية .

وعلى نحو ماتتص عليه المادة ٣/٨ من التقنين يكون للمحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية أن تقضى فى ذات الحكم الذى تصدره ، بغرامة تهديدية ، بناء على طلب الخصم صاحب الشأن ، لكفالة تنفيذ ماتوجهه من أوامر يستلزمها تنفيذه وفقا للمادة ٢/٨ من التقنين . وبالرجوع الى المادة ٢/٨ المشار اليها ، نجد أنها تنص على أنه إذا اقتضى تنفيذ الحكم الصادر من المحاكم الإدارية أو محاكم الإستئناف الإدارية أن يتخذ الشخص الاعتبارى العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام قرارا معينا ، أو لجراء محددا فإنه يكون على المحكمة التى اصدرته وبناء على طلب محدد باتخاذ هذا القرار أو الإجراء ، أن تأمر فى ذات حكمها باتخاذها . ولها - عند الإقتضاء - تحديد مدة يجب اتخاذها خلالها ... أما إذا كان تنفيذ الحكم يقتضى أن يتخذ الشخص العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام قرارا آخر بعد تحقيق جديد يجريه لهذا الغرض ، فإن للمحكمة مصدرة الحكم ، إذا طلب منها ذلك صراحة ، أن تأمر فى ذات حكمها باتخاذ هذا الإجراء خلال مدة محددة .

أما المادة ٤/٨ من ذات التقنين فإنها أتت بأحكام مغايرة فى هذا الشأن ، إذ نصت على أنه للمحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية ، فى حال عدم تنفيذ حكم قطعى définitif صدر عنها ، وبناء على طلب الخصم ذى الشأن ، أن تأمر فى ذات الحكم باتخاذ مايلزم لتنفيذه ... فلذا لم يحدد الحكم

الإجراءات اللازمة لهذا التنفيذ ، فإنه يكون للمحكمة المختصة تحديدها ، وتعيين المدة التي يتم التنفيذ خلالها ، فضلا عن الحكم بغرامة تهديدية لضمان هذا التنفيذ .

والنصوص السابقة ، قدر تعددها ، وتنوع ماتحملة متونها من أمور بعضها موضوعي ، وبعضها الآخر إجرائي ، على نحو ماستفصل لاحقا ، تشير إلى مسألتين تدور حولهما شروط الحكم بالغرامة : الحكم الإداري غير المنفذ ، وواقعه الإخلال بتنفيذه . غير أن المتأمل فيها ، فسي نطاق هاتين المسألتين ، يلحظ أنها فرغت من تفصيل ما أجملت من تلك الشروط على نحو يصعب معه الوقوف مثلا على ماهية الحكم المقتضى ضمان تنفيذه تفصيلا ، أو معرفة ماينبغي توافره في الإخلال بالتنفيذ حتى يكون مسوغا قانونيا للتهديد المالي .

وإذا كانت ثمة صعوبات تعترض تطبيقها لانسف النصوص لحسمها ، فإن مجلس الدولة أخذ على عاتقه تنليلها منطلقا من إرادة المشرع في أن يجتهد الرأي لمد مااعتزى النص من نقص يعوق سريته ، أو ينحرف به عن غايته . وهي إذن ، على أية حال ، وعلى حد تعبير البعض " رغبة بستر المشرع بها السلطة الإنشائية التي يعترف بها للقاضي الإداري ^(١) .

بحسن بنا لنن ، وعلى ضوء هذا البيان ، أن نعرض للشروط المتعلقة بالحكم الإداري غير المنفذ في مبحث أول ، قبل أن نفضل الحديث عن الشروط المتصلة بالإخلال بتنفيذه .

(١) أ.د. طعيمة الجرف : القضاء مصدر إنشائي للقانون الإداري . مجلة إدارة قضايا الحكومة . السنة السادسة . العدد الرابع . أكتوبر - ديسمبر ١٩٦٢ . ص: ١٦ .

المبحث الأول

الشروط المتعلقة بالحكم الإداري

تمهيد :

١٨ - أحدث التعديل الذي أجرى على قانون الغرامة التهديدية عام ١٩٩٥ مغايرة في الشروط المقتضى توافرها في الحكم الإداري غير المنفذ ، بعد أن توحدت أيام كان يمثل الأساس القانوني الوحيد لتحديد شروط انطباق نظام الغرامة التهديدية . إذ أن قانون ١٩٩٥ أنشأ نوعا جديدا من الأحكام لم تكن مألوفة من ذي قبل ، نعى بها الأحكام المرتبطة بأوامر تنفيذية ، واستلزم أن تتوافر فيها عدة شروط حتى يمكن أن يضمن تنفيذها بالتهديد المالي .

وإزاء هذا الوضع صار هناك نوعان من الشروط : شروط عامة لازم توافرها في جميع الأحكام، إذ لا ترتبط بنوع محدد منها ، يحكمها نص المادة الثانية من قانون الغرامة . وشروط خاصة تقتصر في سريانها على الأحكام المرتبطة بأوامر تنفيذية فحسب ، تتطلبها المواد ٣/٨ ، ٤/٨ من التقنين ، ١/٦ من قانون الغرامة .

واتباعا لذلك نتناول في مطلب أول الشروط العامة للحكم الإداري ، ثم للشروط الخاصة له في مطلب ثان .

المطلب الأول

شروط الحكم الإداري العامة

تحديد وتقسيم :

١٩ - ذكرنا أن المشرع حين عرض في المادة الثانية من قانون الغرامة للحكم الذي يجبر على تنفيذه بالغرامة التهديدية ، لم يفصح ببيان عما به

يتحدد ، كل ما هناك أنه حده عضويا بجهة إصداره ، فأماط اللثام بذلك عن أول شرط تطلبه ، وهو أن يكون الحكم إداريا . غير أن المشرع بذلك الشرط حدد طبيعة الحكم العضوية وغفل عن بيان طبيعته الموضوعية . وقد ترتبت على ذلك آثار حاصلها الإرتباك في تطبيق النص ، ومظهرها كثرة الطلبات التي قُدمت إلى مجلس الدولة للحكم بغرامة تهديدية عن عدم تنفيذ قرارات صادرة عن المحاكم تنحصر عنها صفة الحكم القضائي بمعناه الدقيق . ولعل هذا مايفسر كثرة أحكام الرفض التي أصدرها المجلس في هذه الطلبات لدرجة أن أول حكم صدر عنه بالحكم بغرامة تهديدية كان عام ١٩٨٥ ، في قضية Mme Menneret أي بعد خمس سنوات من صدور قانون الغرامة ^(١) . إذ أن عبارة (decision) التي جاء بها النص فسرها البعض تفسيراً شمولياً ، فذهب إلى أنها تشمل كل ما يصدر عن القضاء الإداري أحكاماً كانت أم غير أحكام ^(٢)، ^(٣) . بينما قصرها البعض الآخر على ما كان له وصف الحكم بمعناه القانوني . وكان لكل وجهته وحجته . فأنصار الرأي الأول كانت حجته أن هذا الإصطلاح الذي جاء في صدر النص يحمل على العموم ، ولا يمكن تخصيصه وقصره على الأحكام فحسب إلا بنص تشريعي وإلا عد ذلك افتتاكاً على إرادة المشرع . هذا إلى أن المشرع لو أراد قصره على ما يصدق عليه وصف الحكم فحسب لما منعه شيء أن يذكره . لما دعاة الرأي الآخر فسندهم أن تطبيق النص مقصور على الأحكام فحسب يتفق مع روح قانون الغرامة ، ورغبة المشرع الماثلة في ثباتا نصوصه في أن يتخذ الغرامة وسيلة لضمان احترام الأحكام ، نزولا على مقتضى ما تتمتع به من حجية . ولما كان لا يتمتع

(١) C.E 17 Mai 1985. Mme Menneret. Rec: p. 149 . R.F.D. Ad. 1985 p.842

Concl: Pauti. J.C.P.1985. 2. 20448 Note: Morand -deviller.

(٢) انظر في التفرقة بين طبيعة أعمال القضاء : أ.د. أحمد مليجي : نظام الولاية القضائية والإختصاص القضائي . القاهرة . دار النهضة العربية . ١٩٩٣ . ص: ١٤ وما بعدها .

(٣) BARADUG. BENABENT (E) : L'astriente en matière administrative (٣) (la loi du 16 juillet 1980).D. 1981 P.95.

بتلك الحجية الا ماصدق عليه وصف الحكم من بين قرارات القضاء ، فإن هذا يكون مدعاة الى القول بأن النص ينصرف اليها وحدها ^(١) . ومن جهة أخرى لايمكن ، فى منطق الرأى ، أن يتخذ من كلمة (decision) حجة تدعم رغبة المشرع فى تعميم سريان النص . إذ أن هذا الإصطلاح فى فقه المرافعات الإدارية - كما عليه الوضع فى المرافعات المدنية - لايعنى إلا حالة وصف الحكم عما يصدره القضاء الإدارى ، إذ هو اصطلاح جامع لأحكامه . يشمل تلك الصادرة عن المحاكم الإدارية ويطلق عليها jugements ، أو مايصدر عن محاكم الاستئناف الإدارية وأحكام مجلس الدولة ويطلق عليها arrêts ^(٢) .

وإذا قيل خروجاً من هذا الخلاف أن الحكم بالغرمة محصور فى نطاق ماينطبق عليه وصف الحكم فحسب ، فإن هذا يعترضه خلاف فقهي قائم حول مفهومه بين اتجاه ينزع إلى التوسع فيه ، يرى دعائه " أخذاً بالمعيار العضوى ، أنه معنى يستغرق كل ماتصدره المحاكم من قرارات حتى ماصدر منها بصفتها الولائية . وآخر يقصر معناه ، اعتداداً بالمعيار الموضوعى " على ماتصدره بمقتضى وظيفتها القضائية حاسماً لخصومة فى موضوعها أو مسألة متفرعة عنها ^(٣) .

وإذا كان للرأى الأخير الغلبة فى حسم النزاع ، ولأن المنصرف اليه النص هو الحكم بالمفهوم الذى أورده أنصاره ، فإن هذا يؤثر بدوره تساوياً جديداً يرتبط أيضاً بنوعه : أيسرى النص على الأحكام المنشئة أو المقررة لم أحكام الإلزام فحسب باعتبارها الوحيدة من الأحكام التى تقبل التنفيذ ؟ .

KINGUE (N): la loi du 16 juillet 1980.dix ans après contribution à (١)

L'élaboration d'une théorie de l'astreinte. L.P.A. 7 fevrier 1990. p. 12.

RIVERO(J.) et WALINE (J.) : op. cit. p. 192. (٢)

(٣) انظر فى ذلك : أ.د. محمود هشام : قانون القضاء المدني . " التقاضى أمام

القضاء المدني " القاهرة . دارالبخارى للطباعة . ١٩٨٩ . الجزء الأول . ص:

تصدى مجلس الدولة لهاتين المسألتين مجليا بما تواترت عليه أحكامه معالم شرط آخر للحكم يتحدد على ضوئه طبيعته الموضوعية ، كاشفا من خلاله عن لزوم أن يكون حكما قضائيا حقيقيا صادرا بالإلزام .

صفوة القول إذن أن الشروط العامة للحكم تنور حول طبيعته سواء من الناحية الموضوعية ، فيتوجب وفقا لها أن يكون حكما قضائيا بالإلزام ، أو من الناحية العضوية فيلزم تبعا لها أن يكون حكما إداريا ، على تفصيل نعرض له فى فرعين متتاليين .

الفرع الأول

وجوب أن يكون حكما قضائيا بالإلزام

٢٠ - قوام هذا الشرط اثنان : أولهما أن يكون حكما قضائيا بالمعنى الحقيقي لهذا الاصطلاح ، أما الآخر فمؤداه أن يكون حكما بالإلزام .
jugement de condamnation .

أولا : ضرورة أن يكون حكما قضائيا حقيقيا :

٢١ - قضائية الحكم فى قضاء مجلس الدولة للفرنسى ليست مجرد وصف يبين عن طبيعة الجهة التى أصدرته ، وما إذا كانت لها ولاية الحكم من عدمه فحسب ، وإنما هى أيضا صفة ملازمة له تكشف عن الأثر المترتب عليه موضوعا . ولذا فإنه من هذه الناحية لايعو أن يكون قرارا صادرا عن جهة اختصها القانون بولاية إصداره ، بمقتضى سلطتها أو وظيفتها القضائية jurisdiction contentieuse تتحسم به خصومة أو نزاع معروض عليها (١) لنرى إلى أى مدى التزم مجلس الدولة هذا المفهوم ، فيما عرض عليه من طلبات للحكم بغرامة تهديدية ، وماترتب على المفهوم ذاته من تساؤلات :

PAUTI (J.) : conclusions sur C.E 17 mai 1985. Mme Mennert

(١)

R.F.D. Ad. 1985 p.842.

(١) الأوامر الصادرة بمقتضى الاختصاص الولائي :

٢٢ - من أبرز هذه القرارات الأوامر على عرائض *ordonnances sur requete* وهى تصدر من رئيس المحكمة بناء على طلب أحد المتدعين فى غيبة الآخر . وسواء قدمت اليه بصفة اصلية ، أى دون اتصالها بنزاع قائم - كالأمر باتخاذ الإجراءات التحفظية - أو كانت تابعة لدعوى مقامة أمام المحكمة - كالأمر بتقدير مصاريف الدعوى ، أو لأمر تقدير أتعاب الخبرة - لاتعد حكما قضائيا ^(١) .

حقا إنها تصدر عن جهة لها ولاية الحكم . ولكنها لم تتخذها بموجب وظيفتها القضائية ، وإنما تكمما منها ، بمقتضى اختصاصها الولائى *juridiction gracieuse* . ولذا فإنها لاتحسم خصومة ، ولاتنتهى نزاعا سواء فى موضوعه أو مآثره عنه . ويبدو أن هذا ما أفضى بمجلس الدولة إلى رفض طلب الحكم بغرامة تهديدية للإجبار على تنفيذ أمر تقدير *ordonnance de taxe* صادر من رئيس محكمة إدارية لرسم الخبرة ^(٢) .

وعلى قدر تحقيق هذا الحكم لهذا المفهوم ، إلا أنه - فى رأينا - منقذ؛ وذلك لأن الأوامر على عرائض تعد من الأمور الوقتية التى تجبر الضرورة اتخاذها ^(٣) . وهذا يجعلها تخضع للإستثناء الذى قرره المشرع فى قانون الغرامة بالنسبة لإجراءات الضرورة ، الذى أعفاها من شرط التقيد بميعاد تقديم طلب الحكم بالغرامة على نحو ما سيأتى تبعا ، ولعل هذا ما يكشف بشكل غير مباشر عن رغبة المشرع فى خضوع كل ما كانت له ذات الطبيعة لنظام الغرامة التهديدية . ومن وجهة أخرى أن للأوامر على عرائض قوة تنفيذية *force exécutoire* مما يجعلها قابلة للتنفيذ جبرا بقوة القانون . ولما كانت الغرامة

(١) أ.د. نبيل عمر : قانون المرافعات المدنية والتجارية . اسكندرية . دار الجامعة الجديدة للنشر . ١٩٩٤ . ص : ٢٦٣ .

(٢) C.E. 10 avril 1996. Le Nestour . D.A. 1996. P. 233. Observ. : G.G.

(٣) CHAPUS (R.) : Droit de contentieux administratif. Paris. Montchrestien
1990. p. 756.

تعد وسيلة للإجبار على تنفيذ ما بطبيعته أو بقوة القانون يقبله . فإن المنطق يفرض بالإلتجاء إليها للإلزام بتنفيذها مثلها كمثل الأحكام القضائية ففى هذا الشأن . ويبدو أن هذا المنطق هو الذى أفضى بالقىه Auby إلى القول بأن الحكم بالغرامة يسرى على جميع ماله قوة تنفيذية مما يصدره القضاء حتى ولو كان لا يتمتع بحجة أو قوة الشئ للمضى به ^(١) . ولاشك بأن هذا هو شأن الأوامر على عرائض .

(٢) الأوامر التى تتخذ بحكم الاختصاص الإدارى للقاضى :

٢٣ - ذكرنا أن الغرامة لاينطبق نظامها إلا على ما اتخذته القضاء الإدارى بحكم وظيفتها القضائية . وهذا يترتب عليه أن ماتخذها بما لها من اختصاص ادارى ، ينحصر عنه وصف الحكم ، ولايمكن أن يجرى تنفيذه جبرا بالحكم بالغرامة . وعلى ذلك رفض دعوى تتلخص وقائعها فى أن السيد Lacroix كان موظفا بأحد المجالس المحلية ، غير أنه وعلى اثر ارتكابه مخالفة تأديبية ، قدرت الإدارة أن جسامتها تستأهل فصله من عمله . فما كان منه إلا الإلتجاء إلى المجلس الإقليمى الأعلى للوظيفة العامة - وهو جهة قضاء ادارى متخصص - الذى أفاد بأن الجرم المنسوب اليه يستحق فصله من الوظيفة لمدة عامين فحصب . طعننت الإدارة فى رأى هذا الأخير أمام مجلس الدولة ، فما كان منه إلا أن رفض الطعن . على اثر ذلك قدم Lacroix طلبا إلى مجلس الدولة بالحكم بغرامة تهديبية لإجبار الإدارة على تنفيذ ما انتهى اليه المجلس الإقليمى الأعلى للوظيفة العامة . ولكن مجلس الدولة رفض الطلب مؤسسا رفضه على سببين : أحدهما أن الطالب لم يقصد بطالبه كفالة تنفيذ حكم ادارى ، وإنما مجرد قرار ادارى صدر عن المجلس الأعلى ، اتخذته بحكم ماله من اختصاص ادارى ، ولم يصدره باعتباره جهة قضاء يحسم به منازعة مطروحة عليه ^(٢) .

(١) AUBY (J.M.) : note sous C.E 17 mai 1985. Mme Mennert. D. 1985. P. 583.

C.E. 6 janvier 1995. M. Iacroix. Rec: p. 990.

(٢)

(٣) التسوية الودية للمنازعات الإدارية (أو الصلح) :

٢٤ - أحيانا تتحسم المنازعة الإدارية بطريق التسوية الودية أو الصلح transaction تعده الإدارة مع أولى الشأن توكيا لإثارة ذات المنازعة أمام القضاء . ولكن يحدث أن تمتنع عن تنفيذه فهل يمكن إجبارها عليه بطلب الحكم بطرق تهديدية ؟

يبدو من آراء بعض الفقهاء تأييدهم في الإجابة عن هذا التساؤل بالإيجاب . وحاصل رأيهم أن المشرع في المادة ٢٠٥٢ من التقنين المدني الفرنسي أضفى على الصلح الذي تتحسم به المنازعات حجية الأمر المقضى به ، فسوى بذلك في الحماية بينه وبين الأحكام القضائية ، لما يكون من أثره تطبيق نظام الغرامة عليه تطبيقها على الأحكام القضائية . ولكن لمجلس الدولة رأيا في المسألة آخر ، يعكس من خلاله التزامه بتحقيق مفهوم الحكم آنف الذكر ، ولما كان الصلح يفتد - على الأقل - أحد عناصر هذا المفهوم ، وهو العنصر العضوي ؛ ذلك لأنه لا يصدر عن جهة اختصت قانونا بولاية القضاء ، ويفقد في ذات الآن شرط صدوره عن جهة قضاء إداري ؛ لذا ينحصر عنه وصف الحكم الإداري ^(١) . ولا يبرح أن يتخذ مما جاء في التقنين المدني بالإقرار بالحجية للصلح مسوغا قانونيا على جريان نظام الغرامة عليه ، إذ أن النص المدني عام وماورد في قانون الغرامة خاص . والأصل أن الخاص يقدم على العام عند تعارضهما . ومن هنا لا يبرح النص المدني على نظام الغرامة إلا بذليل يصرفه عن عمومها إليها ، وطالما لا توجد فلا محل لإعماله في نطاقها .

وتأسيسا على ذلك رفض مجلس الدولة طلب تقدمت به أحد الشركات للحكم بغرامة تهديدية لإلزام الإدارة على تنفيذ الصلح الذي أبرمته معها ،

(١) LONG (M.) : et autres : les grands arrêts de la jurisprudence administration. Paris Dalloz. 1996. p.706.

وقال مؤسسا حكمه ... أن عدم تنفيذ الأحكام الإدارية فحسب هو الذى يبرر طلب الحكم بالغرامة التهديدية على الدولة وفقا للمادة الثانية من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ ... ومن هنا لايحق للشركة طلب الحكم على الدولة بغرامة تهديدية بقصد اجبارها على تنفيذ الصلح المبرم بينهما حتى ولو كان هدفه توكى حدوث نزاع يدخل فى اختصاص القضاء الإدارى (١) .

وقد يعن للبعض أن يتساءل عما إذا كان الحكم يتغير إذا كان المخل بتنفيذه صلحا قضائيا ؟. لم أن اشراف القضاء على اجرائه يصيبه بوصف الحكم، ويعزى اليه تطبيق نظام الغرامة ؟. لم يتعرض مجلس الدولة لبحث هذه المسألة فى نطاق منازعات الغرامة حتى الآن . غير أنه يكفى تصور الحكم بشأنه على ضوء الوقوف على طبيعة الصلح القضائى مقارنة بالمفهوم الذى التزمه المجلس للحكم القضائى . فمن المعلوم أن الصلح القضائى رغم ما للقضاء من دور بشأنه إلا أنه دور لا يضاف عليه وصف الحكم، فما يقوم به لا يعدو أن يكون إثباتا لما اعتقدت عليه إرادة الخصوم ، والتصديق على ما اتفقوا عليه . ولذا فإن القاضى هنا ليس إلا مصدقا على اتفاقهم ، موثقا لما تراضوا عليه . وهذا التصديق لا يحيله من مجرد اتفاق الى حكم قضائى يعبر من خلاله القاضى عن رأى القانون فيما تنحصر به المنازعة المطروحة عليه . والأمر على خلاف الحكم الإتفاقى jugement convenu الذى يعتبر حكما قضائيا باتفاق . فرغم أنه لا يصدر إلا بعد انعقاد إرادة الخصوم واتفاقهم على ما به تنحصر منازعتهم إلا أنه يعكس الحل الذى ارتأه القاضى ، من بين ما طرحوه فى مناقشتهم ، متفقا وصريح القانون (٢) . وإذا كان هذا مفاد اكتماله لمفهوم الحكم القضائى ، فإن نتيجة ذلك إمكانية الإجبار على تنفيذه بالحكم

C.E 1^{er} février 1984 Sté du promotion et de réalisations hospitaliers c/(١)
Ministre de l'urbanisme et du longement. Rec: p.32 R.D.P. 1985
p.866. note: Drago.

(٢) انظر : أ.د. محمد زكى النجار . حسم للمنازعات الإدارية بغير الوسائل القضائية . القاهرة . دار النهضة العربية . ١٩٩٣ . ص : ٢٢٢ .

(٤) مدى جواز الحكم بالغرامة لتنفيذ أوامر التحقيق :

٢٥ - يصدر القاضى الإدارى نوعا من الأوامر يطلق عليها أوامر التحقيق غايتها اظهار الحقيقة ، وتحقيق ادعاءات المدعى ، بمناسبة الفصل فى دعوى مطروحة عليه . كالأمر بتقديم ماتحت يد الإدارة من أوراق أو ضم ملف أو نذب خبير أو تقديم مستند منتج فى الدعوى أو الإصاحاح عن الأسباب الواقعية والقانونية التى أفضت إلى اصدار قرارها لاسيما فى الحالات التى لايلزمها القانون بأن تعلن عن سبب قرارها ^(١) . وهذه الأوامر كما يتخذها قاضى الموضوع ، يتخذها قاضى الأمور المستعجلة الإدارية ، وفقا للمادة ١٢٨ من تفنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ، والمادة ٣/٢٧ من لائحة مجلس الدولة الصادرة فى ٣٠ يولييه ١٩٦٣ ^(٢) . وهذه الأوامر اعتدادا بهدفها تمثل استثناء من الحظر التقليدى على القاضى الإدارى أن يوجه أوامر إلى الإدارة ^(٣) .

ويختلف حكم اتصالها بالغرامة تبعا لما اذا كانت صادرة عن قاضى الموضوع ، أم قاضى الأمور المستعجلة ، وهو رئيس القسم القضائى بمجلس الدولة وفقا للمادة ٣/٢٧ من لائحة مجلس الدولة ، ورئيس المحكمة الإدارية ، أم محكمة الاستئناف الإدارية وفقا للمادة ١٢٨ من تفنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية .

فبالنسبة للحالة الأولى يبدو أن البعض يرى أن تلك الأوامر لايسرى بشأنها نظام الغرامة . فهى ليست من اجراءات الضرورة التى تبرر جريان

(١) CHAPUS (R.) : op. cit. p. 495.

(٢) C.E. 28 MAI 1984. Dame Delammay. Rec; p. 190. D. 1985. P. 936.

Note : Fadli.

(٣) FRAISSEIX (P.) : op. cit. P. 1069 – 1070.

هذا النظام عليها ، استثناء من الأصل العام الذى يقضى بضرورة أن يكون الممتنع عن تنفيذه حكما قضائيا حقيقيا . هذا إلى أنها لاتعد فى ذاتها حكما تتحشم به خصومة ، بل انها لاثمس أصلا موضوع الدعوى . ولذا يظل جزاء الإخلال بها أو الإجبار على الإمتثال لها تقليديا يتمثل فى قلب عبء الإثبات والتسليم بادعاءات المدعى ^(١) . ولعل هذا مايعنيه الفقيه الفرنسى chapus بقوله أن رفض الإدارة تنفيذ ما اتخذته القاضى فى مواجهتها من تلك الأوامر أو تنفيذه . ولكن بعد فوات المدة التى حددها ، أو تنفيذه تنفيذا ناقصا يعد تصرفا تجازى عليه باعتبار ما يدعيه الطاعن صحيحا الأمر الذى يمنحه كل الفرص الممكنة لكسب دعواه ، وهذا ماؤكداه الأحكام القضائية فى هذا الشأن ^(٢) . وربما يكون هذا الجزاء أقلل من الحكم بالغرامة على اعتبار أن نتيجته أن تخسر الإدارة الدعوى ، ويحكم ضدها ، وهذا ما يكون من أثره الحكم بغرامة تهديدية عليها اذا امتنعت عن تنفيذ هذا الحكم بعد صدوره . فيكون جزاء امتناعها عن تنفيذ أوامر التحقيق مضاعفا .

ولكن فريقا من الفقهاء يرى غير ذلك مؤدى ماذهبوا إليه أن أوامر التحقيق يمكن أن تنفذ تحت التهديد المالى . وحجتهم فى ذلك ما تتمتع به من قوة تنفيذية ، تلك التى تبرر تنفيذها جبرا . ولما كانت الغرامة التهديدية وسيلة التنفيذ الجبرى للأحكام الإدارية فإن هذا يقضى الى تطبيق هذا النظام عليها ^(٣) . والحق أننا لاثميل الى هذا رأى ؛ لأنه مالم نصطبغ هذه الإجراءات بصفة الإستعجال ، فإن النظام الإجرائى للحكم بالغرامة لايتفق فى تطبيقه معها لاسيما شرط الميعاد الذى لابد أن ينتهى قبل التقدم بطلب الحكم بالغرامة مما يقطع برغبة مستترة للمشرع بعدم امكانية كفالة تنفيذها تحت التهديد المالى . وهذا ماسنبيه لاحقا .

(١) PLANTEY (A.) : La preuve devant le juge administratif. J.C.P.

1986-1- 3246.

(٢) CHAPUS (R.) : op. cit. P. 496.

(٣) DUGURIP (O.) : op.cit. p. 20.

وقد يرد على ذلك بأن مجلس الدولة ذاته اعتبر الإعتراف للقاضي بسلطة الحكم بغرامة تهديدية سواء لكفالة تنفيذ ما يصدره من أحكام ، أو احترام أوامر التحقيق التي يتخذها قبل صدور الحكم ، مبدأ من المبادئ العامة للقانون ^(١) . فمثل هذا يعكس رؤية قضائية بأن الغرامة التهديدية يمكن الحكم بها لتنفيذ أوامر التحقيق تماما كما هو الشأن بالنسبة للأحكام . وهذا الرأي ، على فرض قوله ، مردود عليه بأن مجلس الدولة ، وقد رأينا سلفا ، قصر تطبيق هذا المبدأ على القضاء العادي ، ولعل ذلك أنه كان محظورا على القاضي الإداري ، رغم وجود هذا المبدأ ، الحكم بتهديدات مالية ضد الإدارة حتى أجاز المشرع ذلك بمقتضى قانون الغرامة الحالي . وعلى فرض صحة القول بأنه مبدأ له عمومية السريان على جميع جهات القضاء بما فيها القضاء الإداري أيضا ، فإن المشرع قد قيد من نطاق تطبيقه ، إذ أن للمبدأ قيمة قانونية أقل من قيمة القانون في سلم التدرج ، ولذا لاوجه لإعماله في ظل مائزته نصوص قانون الغرامة . ولما كانت هذه الأخيرة - وفقا لتفسير نراه راجحا - قصرت سريانه على الأحكام فحسب ، فإنه في ضوء ذلك لا يمكن القول بانطباقها على أوامر التحقيق أيضا .

أما بالنسبة للحالة الثانية ، حال صدور هذه الأوامر من قاضي الأمور المستعجلة ، فإنه جريا على الأصل الإجرائي العام ، جميع ما يتخذ قاضي الأمور المستعجلة يمكن تنفيذه تحت التهديد المالي (المادة ٤٩١ من تقنين المرافعات الجديد ، المادة ٢٣ من قانون ٩ يولييه ١٩٩١) ^(٢) . وهذا بعد أن ساد الاعتقاد بأن قاضي الأمور المستعجلة ليست له هذه السلطة على اعتبار الصفة الوقتية لقراراته وأحكامه تحول دون اكتسابها للحجية التي تكفل الغرامة

C.E 10 mai 1974. Barre et Honnet. A.J. 1974 p. 545.

(١)

TERRE (F.) et autres : Droit Civil : les obligations. Paris. Dalloz. 5^e (٢)
edition. 1993. P. 781.

وهذا الأصل يجرى تطبيقه على إجراءات التحقيق الإدارية ، ليس بصفته أصلا عام السريان فحسب ، وإنما أيضا باعتبار أنها تدخل بطبيعتها فى نطاق إجراءات الضرورة التى يمكن قانونا الحكم - مباشرة أو بناء على طلب غير مقترن تقديمه بشرط الميعاد - بغرامة تهديدية لتنفيذها . ولعل هذا مايؤيده البعض بقوله : إن رفض الشخص العلم بتنفيذ أمر صادر من قاض الأمور المستعجلة كالأمر بندب خبير مثلا - وهو من إجراءات التحقيق - معناه الإمتناع الإرادى عن تنفيذ قرار للقاضى الإدارى صدر بصفة مستعجلة ، باعتباره اجراء ضرورة ، يتوجب قانونا الحكم بغرامة تهديدية للإجبار على تنفيذه^(٢) . ومايؤيد ذلك على المستوى القضائى ما قضى به مجلس الدولة بأن لقاضى الأمور المستعجلة الإدارية الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ مايتخذ من أوامر ، كما أن له الإختصاص بنصفية الغرامة التى حكم بها إذا لم تنفذ الإدارة لأوامرها خلال المدة التى حددها^(٣) . وهذا جميعه يقطع بأنه ليس هناك ما يمنع من تنفيذ إجراءات التحقيق التى تتخذ بصفة مستعجلة تحت التهديد للمالى .

(٥) مدى جواز الحكم بالغرامة لتنفيذ المبادئ العامة للقانون :

٢٦ - يجرى التمييز بصدد أحكام القضاء الإدارى بين نوعين : أحكام ذات مبادئ لا يقتصر سريان ما تطوت عليه من مبادئ على المنازعة التى صدرت بشأنها ، وإنما تطبق أيضا على ما تماثل معها من منازعات مستقبلية .

VIZIOZ (J.) : Des pouvoirs du juge des référés en matière d'astreinte.^(١)
J.C.P. 1948-1-689.

BARADUCE – BENA BENT (E.) : op.cit. p.97. ^(٢)

C.E. 14 Novembre 1997. Communauté, urbaine de Lyon. Rec : p.421.^(٣)

C.E 9 Décembre 1988. Sté les téléphérique du massif du mont Blanc.

C/ commune de Saint-Gervais. A.J. 1989. P.272. obser : Prétot .

وأحكام أخرى عادية لايتعدى تطبيقها المنازعة التي صدرت بشأنها . وإذا كانت لتلك الأحكام ، بنوعها ، حجية تلزم الإدارة بتنفيذها على الوقائع التي صدرت بخصوصها ، فهل مايتضمنه النوع الأول من مبادئ يكون ملزما بحيث يتمثل مع الحكم مما يمكن معه لجبار الإدارة على تنفيذها على الوقائع المماثلة ، إذا رفضت ذلك طوعا بالحكم بغرامة تهديدية ؟

تلك مسألة افتراضية لم يأتي مجلس الدولة عليها بحكم حتى الآن ؛ ولذا نحاول أن نتلمس لها حلا في ضوء الأصول الإجرائية للقانون الإداري ، والإتجاهات القضائية في منازعات الغرامة التهديدية . فمن المعلوم أن المبادئ القضائية أو ما يطلق عليه المبادئ العامة للقانون ، تمثل مصدرا رسميا من مصادر القانون واكتساب هذه المبادئ لوصف المصدر الرسمي يفضي إلى عدم مشروعية خروج الإدارة عليها ، إذ يلحق تصرفها بعيب مخالفة القانون ، كما يؤدي إلى إثارة مسئوليتها المدنية عن الأضرار الناجمة عن تلك المخالفة ^(١) . وإذا كان هذا يفضي بنا إلى تأكيد مذهب اليه بعض الفاقهين من أنه يؤدي إلى نتيجة حتمية مؤداها: إلزام الإدارة بتلك المبادئ وإلا فلن تجد قاضيا اداريا بقرار لها مشروعية متجريه من تصرفات مخالفة لها ^(٢) . فإتينا نرى أن هذا الإلتزام لايرقى إلى درجة إلزامها بالأحكام الصادرة بشأن منازعة بعينها ، أي بذات مضمون الحكم المتعلق بدعوى في حد ذاتها ، الأمر الذي مفاده أن امتناعها عن تنفيذ إحدى هذه المبادئ لا يكون مدعاة لإجبارها عليه بالحكم بالغرامة . وهذا لايعني نيلا من قيمة هذه المبادئ ، ولا خطأ من مكانتها ، وإنما هو انعكاس للمباسة التشريعية لقانون الغرامة . فمن ناحية أن الغرامة ، كما رأينا ، وسيلة أقرها المشرع بصريح نص قانونها لتنفيذ الأحكام الإدارية في حد ذاتها لا ما انطوت عليه من مبادئ مهما كان سموها . واستقر القضاء ، امتثالا لذلك ، على أن كل ماينحصر عنه وصف الحكم لا يكون الإخلال به مسوغا

(١) JEANNEAU (B.) : La théorie des principes généraux du droit à

l'épreuve de temps. E.D.C.E. 1981-1982. P.33.

(٢) أ.د. طعيمة الجرف : المرجع السابق . ص : ٢٣.

للحكم بغرامة تهيديّة مهما كانت درجة الزامه ^(١). هذا إلى أن المشرع لو كان يريد أن يسرى نظام الغرامة على المبادئ التي استخلصها القضاء لما منعه أن يصرح بذلك مانع من وقع أو قانون . ومن جهة ثالثة أن المبادئ القضائية ليست لها ما للأحكام من حجية . ولعل هذا مايفسر جواز خروج قضاء الدرجة الأدنى عليها . بل إذا قيل بالترامه بها ، فإنه يمكن الرد على ذلك بأنه مجرد التزام أبى قانونى . ولعل هذا مايفسر امكانية خروج القضاء ذاته عليها ، وهى من صنعه ، إذا استبان له عدم ملاءمتها للظروف المعاصرة ، أو بدت له ضرورة تغييرها بما هو أكثر استجابة لمقتضيات التطور الحادث فى المجال الإدارى . ولعل اعتبارات التطور تلك هى التي تعطى الإدارة المبرر للسعى الى تعديلها ، والحق فى أن تعامل بمقتضى مبدأ آخر يكون أكثر ملاءمة لظروف الحال . وهذا لايتأتى إلا بامتناعها عن تطبيقها مما يثير نزاعا بشأنها على أثره يتنبه القضاء الى مدى ضرورة تغييرها .

فى ضوء هذا التصور علينا أن ندرك ملاذبه اليه بعض الفقهاء من أن الإدارة بهذا الإمتناع لاتتجاهل حكما قضائيا بمعنى الكلمة صدر بشأن منازعة بذاتها ، وإنما هى تتازع فى مبدأ استخلص من حكم قد لا يكون من الملاءم أن يطول زمن الإمتثال به رغم تغير ظروفه . هذا إلى أنه لايمكن أن ننكر على الإدارة حقها ، مثلها كمثل أى متقاض ، فى السعى بمناسبة منازعة جديدة حتى ولو كانت مماثلة لأخرى سابقة ، إلى تغيير قضاء سابق ليس مصدر الإلزام به نص قانونى ، كحجية الأحكام وإنما أسلمه تواتر القضاء الأعلى على تطبيقه ^(٢). ومن هنا إذا كان لا يوجد مايمنع القضاء الأعلى من أن يقطع تواتر تطبيق هذه المبادئ ويعدل عنها أو يعدل فيها فلا أقل من أن تمنح الإدارة الفرصة لحثه على التحول - لاسيما إذا صفت نيتها - عن تطبيق أحد هذه

(١) LLORENS (F.) : *Astreintes administratives et execution*

jugements par les personnes morales de droit public. Ann. des Univ. Toulouse. 1981. P.147.

(٢) VEDEL (G.) et DELVOLLE (P.): op. Cit. P. 363.

المبادئ بدلا من أن نكرها امتثالا لها تحت التهديد المالى .

وأخيرا أن اجراءات الحكم بالغرامة التهديدية تتأبى على أن تكون هذه الأخيرة سبيلا للإجبار على تنفيذ المبادئ القضائية . وربما يزداد الأمر إيضاحا حول تلك المسألة حين نعرض فيما بعد لتلك الإجراءات تفصيلا .

ثانيا : وجوب أن يكون الحكم من أحكام الإلزام :

٢٧ - على نحو ماتجرى عليه الأصول العامة فى تنفيذ الأحكام لايقبل التنفيذ إلا أحكام الإلزام ^(١) . إذ أن الأحكام التقريرية jugements déclaratoires ، والأحكام المنشئة jugements constitutif باعتبار محلها غير قابلة له رغم ما تتمتع به جميعا من حجية الشئ المقضى به . إذ الأولى كل دورها القضاء بوجود الحق أو عدم وجوده دون إلزام المحكوم ضده بأداء معين . أما الثانية فإنها تقرر إنشاء أو تعديل أو إنهاء لحق أو مركز قلنوى ، ودون ذلك لا تلزم بعمل أو الإمتناع عن عمل ^(٢) . ونظرا لأن التنفيذ فى حقيقة معناه تأدية المحكوم ضده ما افترضه الحكم عليه ، سواء تمثل فى عمل أو فى الإمتناع عن آخر ، ولما كان الوحيد من الأحكام الذى يصدر حاملا هذا المعنى هو حكم الإلزام ، فإنه يكون دون غيره القابل للتنفيذ طوعا أو كرها ^(٣) . ونظرا لأن الغرامة التهديدية ، هى وسيلة إجبار على تنفيذ مايقبل التنفيذ من الأحكام بطبيعته ، فإنها انن تكون سبيل التنفيذ الجبرى لما كانت له من الأحكام الإدارية طبيعة الإلزام .

(٢) انظر: أ.د. احمد ملبجى : التعليق على قانون المرافعات . القاهرة . دون ذكر

للناشر . بدون تاريخ . ص : ١٣٦ .

(٢) أ.د. وجدى راغب فهمى : مبادئ القضاء المدنى وقانون المرافعات . القاهرة .

دار الفكر العربى . الطبعة الأولى . ١٩٨٦-١٩٨٧ . ص : ٥٤ .

(٣) أ.د احمد أبو الوفا : إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية . اسكندرية .

منشأة المعارف . ١٩٩١ . ص ٤١ ، ٤٢ .

أ.د. فتحي والى : التنفيذ الجبرى . القاهرة . دار النهضة العربية . ١٩٨٧ .

ص : ٣٩ .

أقصى هذا المنطق بمجلس الدولة الى إعمال هذا الشرط فى نظام الغرامة ، استقرارا على الأصل الإجرائى الذى يقضى بأنه فى حالة سكوت النص يلزم تدخل القاضى لتحديد شروط اعماله ^(١) . حقيقة أنه لم يصرح به كشرط يظهر على متن أحكامه . ولكنه مدرك بآثره ، يبدو فى غالب أحكام الرفض للصادرة فى طلبات الحكم بالغرامة ، معبرا عنه بصيغ مختلفة تارة بقوله مبررا للرفض بأن حكم الإلغاء مثلا يكفى بذاته ^(٢) ، أو أنه لا يقتضى اتخاذ أى إجراء تنفيذى ^(٣) .

وفى إشارة إلى ذلك يقول بعض الفقهاء : حين يكفى الحكم بذاته ، ولا يقتضى أن تتخذ الإدارة أى إجراء تنفيذى ، فإنه لا يكون هناك محل للحكم بالغرامة التهديدية ؛ لأنه ببساطة لا يوجد محل للتنفيذ به ^(٤) .

ولزيادة إيضاح تلك المسألة نعرض لبعض التطبيقات القضائية فى هذا الشأن سواء فى دعوى الإلغاء أو دعاوى الحقوق (أو التعويض) .

(١) الأحكام الصادرة فى دعوى الإلغاء :

٢٨ - للغالبية من هذه الأحكام أحكام بإلزام تقرر على الإدارة تدخلها أو تعاونها فعلا من جانبها لعمل مقتضاها ^(٥) . غير أن هناك بعضا منها تعد أحكاما تقريرية لا ترتب أى التزام على الإدارة كما قدمنا سلفا . ومن أمثلتها أحكام الرفض ، وأحكام الإلغاء التى تنفذ تلقائيا دون حاجة لتدخل الإدارة ، مثل الحكم بإلغاء لائحة ضبط يترتب عليه إعادة تطبيق اللائحة السابقة تلقائيا ،

(١) ROUX (M.) : Conclusions sur C.E. 13 novembre 1987. Mme

Turques et Marcaillou. Rec. p.361.

(٢) C.E. 27 mars 1995, Heulin. Rec. p.141.

C.E. 7 avril 1995. Greko. Rec. p.159.

(٣) C.E 29 décembre 1993, pennelle. Rec : p.212.

C.E. 10 mars 1984. Association S.O.S Défense. A.J. 1985. P.400

(٤) VEDEL (G) : et DELVOLLE (P.) : op. Cit. P. 381.

(٥) GUETTIER (CH) : Exécution des jugements. J.C. Ad. 1995. Fasc :

1112. P.3.

والحكم بإلغاء حظر نشاط يترتب عليه ممارسته مباشرة . وهذه الأحكام على خلاف أحكام الإلزام لا تقبل بشأنها طلبات الحكم بغرامة تهديدية ^(١) .

وتطبيقا لذلك رفض مجلس الدولة طلب الحكم بغرامة تهديدية للإجبار على تنفيذ حكم أصدرته محكمة chalome-sur-Marne بإلغاء قرار المجلس البلدى لإحدى المقاطعات بفتح اعتماد لتنفيذ إحدى المشروعات باعتباره ليس حكما بالإلزام ، معبرا عن ذلك بأن تنفيذ هذا الحكم لا يقتضى أى إجراء تنفيذى من قبل المجلس البلدى ؛ ولذا فإن طلب الحكم بغرامة تهديدية لضمان تنفيذه يعتبر مرفوضا ^(٢) .

وفى دعوى أخرى نتلخص وقائعها فى أن السيد Barton طلب من مجلس الدولة الحكم بغرامة تهديدية لإجبار إدارة إقليم portés - lés - volence على تنفيذ حكم محكمة جرونبل الإدارية الصادر فى ١٧ يونيه ١٩٩٣ بإلغاء الانتخابات المحلية التى أجريت فى ١٩ ديسمبر ١٩٩٢ لاختيار ممثلين عن الجاليات الأجنبية المقيمين بالإقليم للمشاركة فى اجتماعات المجلس البلدى للإقليم . ولكن مجلس الدولة رفض هذا الطلب معللا رفضه بأن الحكم يكفى فى ذاته ، وليس فى حاجة إلى إجراء تنفيذى من جانب الإدارة ، وأضاف المجلس قائلا أنه يكون فى مقدور طالب الحكم بالغرامة التهديدية أن يقيم دعوى تجاوز السلطة تأسيسا على حكم محكمة جرونبل ، فى حالة إذا ما اختار المجلس البلدى أولئك الذين ألغى الحكم انتخابهم ^(٣) .

وكما رأينا تعد أحكام الرفض سواء رفض الدعوى أو الطلبات أو الطعن من الأحكام التقريرية ، لا ينطوى على إلزام . ولذلك كان مجلس الدولة يرفض مايرفع اليه من طلبات الحكم بغرامة تهديدية لتنفيذها ^(٤) . غير أنه لا ينبغى أن

(١) GUETTIER (ch.) : injonction et astreinte. J.C. Ad. 1997. Fax: 114.

P. 10.

C.E. 26 mai 1995. Minvielle. Rec: p. 220. (٢)

C.E 12 avril 1995 . Bartolo. A.J.1995. p. 574. (٣)

C.E. 2 avril 1995. Surry. Rec: p. 158. (٤)

تأخذ هذا الأصل على إطلاقه ، إذ أن من أحكام الرفض ما يمكن أن يرتب آثار حكم الإلزام ، ويجبر على تنفيذه بالتهديد المالي . مثل ذلك الحكم برفض استئناف الإدارة لحكم أول درجة ، وتأنييد الحكم المستأنف أى قبول ورفض وتأنييد ، وحال يكون الحكم المستأنف حكما بالإلزام فإن هذا مفاده أن حكم الاستئناف بتأييده له أعاد التأكيد على ما تطوى عليه حكم أول درجة من التزامات تقع على عاتق الإدارة . وهذا ولاشك يجيز طلب الحكم بغرامة تهديدية للإجبار على تنفيذه . ولا يشفع للإدارة حالئذ الدفع برفض طلب الحكم بغرامة تهديدية تأسيسا على أن الحكم المطلوب تنفيذه هو حكم رفض ، ولا يعتبر من أحكام الإلزام القابلة للتهديد المالي ، طالما كان الحكم المستأنف حكما بالإلزام . وبناء على ذلك قضى مجلس الدولة بقبول طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار إدارة أحد الأقاليم على تنفيذ حكمين صادرين من محكمة Basse Terre - الإدارية بإلغاء فصل موظفتين في مقصف أحد المدارس التابعة لإدارة الإقليم مع ما يترتب على ذلك من إعادتهما إلى عملهما ، وقضى بغرامة ٣٠٠ فرنك فرنسي عن كل يوم تتأخر فيه عن تنفيذ الحكم ، وذلك بعد الحكم برفض الاستئناف المقدم منها في هذين الحكمين ^(١) .

(٢) الأحكام الصادرة في دعاوى الحقوق :

٢٩ - لا يعني هنا أن نعرض لأنواع هذه الدعاوى ، ولا لطبيعتها ، فالمقصود أن نبين إلى أى مدى التزم القضاء الإداري شرط الحكم بالإلزام فى نطاق الغرامة التهديدية . فالأصل أن الأحكام الصادرة فى تلك الدعاوى تعد من أحكام الإلزام ، إذ أنها لا تتوقف عند تأكيد حق أو مركز قانوني ، وإنما تتضمن فضلا عن ذلك الزاما بشئ يجبر المحكوم ضده على أدائه . والمثل

C. E 25 Mars 1996. Commune de saint-François c/ Mme Picard. Rec.(١)
p.101. C.E. 25 Mars 1996 – commune de Saint-François c/ Mme Fiston.
R. F.D. Ad. 1996. P.336.

التسوية^(١). غير أن هذا لايعنى أن جميع الأحكام الصادرة فى تلك الدعاوى تعد أحكاما بالزام تقتضى التنفيذ ولوجبرا . إذ أن منها ماله طبيعة الأحكام التقريرية التى تقف عند حد تأكيد وجود الحق دون أن تلزم الإدارة بشئ قبل المحكوم لصالحه ، كأن يصدر الحكم مقررًا لمسئولية الدولة عن تصرف وقع أضر بالغير . غير أنه يحيل الى خبير لتقدير جسامه هذا الضرر^(٢) ؛ لذا فقد رفض مجلس الدولة طلب حكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم تعويض ضد الدولة لم يحدد قيمته ، وإنما قضى بنقد خبير لهذا الغرض ، إذ رغم أن هذا الحكم يعد صادرا فى إحدى دعاوى الحقوق إلا أنه حكم تقيري لاينطوى على أى الزام^(٣) . وهذا على خلاف الحكم الصادر بتعويض موظف عن الفصل غير المشروع بمبلغ ٦١٥٠٠٠ فرنك . إذ قضى المجلس بغرامة تهديدية قدرها ١٠٠ دينار ضد الدولة عن كل يوم تتأخر فيه عن تنفيذه حتى قيامها بتنفيذه كاملا^(٤) .

لئن لابد أن يحدد الحق المقتضى تأديته تحديدا لايفضى إلى التنازع فيه سواء كان تعويضا لم فوائد تأخيرية عما حكم به من تعويضات أو استحقاقات مالية أو مصاريف قضائية قضت بها المحكمة على الخصم الخاسر لدعواه تطبيقا للمادة ١/٨ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية^(٥) .

(١) انظر أ.د. محمود سامى جمال الدين : المرجع السابق. ص : ٤٤٥.

(٢) T.A. Nice 3 novembre 1972. Reybay. A.J. 1973. P.275.

(٣) وتطبيقا لذلك قضت محكمة القضاء الإدارى بأنه : " ... وإن كان من صيغة الأحكام الصادرة فى دعاوى الحقوق أن تحوى الزاما بشئ يجبر الخصم على وفائه ، إلا أن ذلك ليس من مستلزماتها فالأحكام الصادرة بتقرير وجود الحق لاتشمل على الزام ، ويقصد من ورائها تحديد الحقوق .. " .

محكمة القضاء الإدارى : ٢٥ يونيه ١٩٥٣.الدعوى رقم ١٠١٥ لسنة ٦ القضائية . مجموعة السنة السابعة . ص : ١٨٠٣.

(٤) C.E 16 juin 1997. Vialas. Rec. p.T. p.1022.

(٥) C.E 21 juillet 1995. Min. Budget c/ Garmand. R. Ad. 1995. P.31.

حالئذ لا يكون أمام قاضي الغرامة مفر من الحكم بها لكفالة تنفيذها . ولا يخل بذلك أن لا يحدد الحكم بداية تاريخ حساب الفوائد التأخيرية المستحقة ، إذ أن تجاهل ذلك لا يحول دون الإيجاب على تنفيذ الحكم الصادر بها ؛ لأنه يعتمد في حسابها في هذه الحالة بتاريخ صدور الحكم الممنوع عن تنفيذه ^(١) . وهذا بالنسبة للفوائد التأخيرية القانونية التي تحسب من يوم صدور الحكم وحتى تنفيذه، على خلاف نوع آخر من هذه الفوائد لا يجري سريانها إلا إذا لم ينفذ الحكم خلال شهرين من اعلانه للمحكوم ضده ^(٢) .

وتأسيسا على ذلك قضى مجلس الدولة بغرامة تهديدية ضد إقليم Morne L'Eau - à - قدرها ألف فرنك عن كل يوم يتأخر فيه عن تنفيذ حكم محكمة Basse - Terre الإدارية الصادر في ١٥ ابريل ١٩٨٣ بدفع فوائد تأخيرية قدرت بنحو ١٦.٢٨٧٢٣٠ فرنك عن الفترة من ١١ فبراير ١٩٨١ الى ١٨ يولييه ١٩٨٢ ، إذ لم تسدد ادارة الإقليم هذا المبلغ خلال شهرين من اعلانها بهذا الحكم وحتى تاريخ التنفيذ ^(٣) .

ولا يخل باعتبار الحكم حكما بالإلزام الا يتحدد في منطوقه قيمة التعويض أو فوائده ، وأحال إلى الإدارة لتحديده أو تصفيته ؛ وذلك طالما أن هناك من الأسس ماورد في منطوقه لحسابه أو من النصوص القانونية المطبقة مايتخذ أساسا بلا نزاع لتحديدها ^(٤) . ومثال ذلك ما قضى به مجلس الدولة بغرامة تهديدية ٣٠٠ فرنك يوميا حتى تنفيذ حكمه الصادر بإلغاء الفصل غير المشروع لإحدى الموظفين ، ولحالتها إلى الإدارة لتحديد ما يكون لها من تعويض على أساس مااستحقه من دخل عن الفترة ما بين صدور قرار الفصل الملغى ، واستلامها العمل فعلا بعد صدور الحكم بإلغاء هذا القرار . غير أن الإدارة قدرت التعويض وفقا لهذه الأسس . ولكن عن الفترة الواقعة بين صدور قرار

(١) C.E 30 mars 1994, Loubt. R.D. Ad. 1995. P.361.

(٢) C.E 16 janvier 1987. Ribot. Rec. p.9. Conc : Roux.

(٣) C.E 27 mai 1987, Ste. Les tennis Jean Becker. Rec. T. p. 890.

(٤) C.E. 30 juin 1997. Philippon. Rec. p.1022.

الفصل وصدور حكم مجلس الدولة بالفائه ، بما مفاده أنها نفذت الحكم جزئيا ، الأمر الذى أفضى بالمجلس الى الحكم عليها بغرامة تهديدية حتى تاريخ التنفيذ الكامل للحكم ^(١) .

وتجدر الإشارة إلى أن خطأ الإدارة فى حساب التعويض المستحق أو الفائدة المقررة على المبالغ المحكوم بها لصاحب الشأن لا يعد اخلالا بالتنفيذ يقتضى حمل الإدارة عليه تحت التهديد المالى طالما كان هذا الخطأ بسيطا ، يمكن للإدارة تصحيحه دون أن تترتب على ذلك أية آثار تحول دون تنفيذ الحكم ^(٢) .

الفرع الثانى

ضرورة أن يكون الحكم إداريا

مفهوم الشرط :

٣٠ - إذا كان هذا الشرط نفس تطلبه الغاية من اعمال نظام الغرامة التهديدية فى المجال الإدارى ، فإنه يشير بمفهومه إلى قصر سريان هذا النظام على الأحكام الصادرة عن القضاء الإدارى سواء كان قضاء إداريا عام الاختصاص مثل مجلس الدولة أو المحاكم الإدارية ، أو محاكم الاستئناف الإدارية ، أم قضاء إداريا متخصصا Specialisées كالمجالس لتأديبية مثلا ^(٣) . فالمرشح بصيغة العموم التى أورد عليها النص سالف البيان لم يحدد جهة معينة من جهات القضاء الإدارى تختص أحكامها بتطبيقه ، فأفاد بذلك أن جميع مايندرج تحت هذا الإصطلاح تكفل الغرامة تنفيذ ملىصدره من أحكام ^(٤)

(١) C.E 4 novembre 1996. Mille Kerbach. Rec : p.436.

(٢) C.E 26 février 1996. Morin. Rec : P. 1112.

(٣) VINCENT (J) et autres : op. cit . p. 802.

(٤) TERCINET (J.) : Vers la fin de l'inexécution des décisions ==

بيد أن الشرط قدر وضوحه بنثر عددا من التساؤلات : هل يمكن أن تخضع أحكام القضاء العادى لهذا النظام رغم تجردها من الصفة الإدارية ؟ وهل يتغير الوضع إذا كانت صادرة فى منازعة ادارية ؟ . ومن جهة أخرى هل يجوز كفالة تنفيذ القرارات الصادرة عن الجهات الإدارية ذات الإختصاص القضائى بالحكم بغرامة تهديدية ؟ . وأخيرا مامدى إمكانية ضمان تنفيذ أحكام المحكمين Les Sentences الصادرة بشأن منازعة ادارية بالغرامة التهديدية أيضا ؟ . لنرى تفصيل ذلك تباعا .

أولا : أحكام القضاء العادى :

٣١ - الأثر السلبي لشرط لادارية الحكم خروج أحكام القضاء العادى من نطاق نظام الغرامة التهديدية إذ لايسرى عليها هذا النظام بوجه عام ^(١) . وقد يتساءل البعض عن الأسباب التى حدثت بالمشروع الى قصر هذا النظام على الأحكام الإدارية دون العادية . إن الظروف التى عاصرت صدور قانون الغرامة والأسباب الدافعة اليه تؤكد أن ذلك مرجعه إلى أمرين : أولهما حرص المشرع على ألا يتدخل القاضى الإدارى فى شأن من أخص شئون القضاء العادى ، وهو تنفيذ أحكامه على نحو يخل باستقلاله . وهذا محض تطبيق لمبدأ فصل الهيئات القضائية عن الإدارية . فهو ، إن كان يفرض على القاضى العادى ألا يتدخل فى تنفيذ أحكام القضاء الإدارى ، فإنه يوجب على هذا الأخير ألا يرد مجال تنفيذ أحكام القضاء العادى ، حتى ولو كان يكفل بذلك تنفيذها ^(٢) . وأما الآخر فمرده إلى افتقار الأحكام الإدارية للحماية القانونية التى تضمن لها تنفيذ أفعالا ، إذ ظلت هذه الأحكام - وكما رأينا فيما مضى - متجردة من السبل الفعالة التى تكفل لها تنفيذا منجزا ربحا من الزمان ، وبقي

== juridictionnelle par l'administration ? . A.J. 1981. P.9.

VEDEL (G.) et DELVOLLE (P.) : Droit administratif. Paris. Thémis. (١)
P.U.F. 10^e édition. 1988. P.730.

AUBY (J.M.) et DRAGO (R.) : Traite de contentieux administratif. (٢)
Paris. L.G.D.J. 1984. T. 2. P.554.

على اثر انعدامها دور القاضى الإدارى فى هذا النطاق محدودا وغير فعال .
لذا ارتبط قانون الغرامة فى صدره بغاية ضمان احترام حجيتها بتحقيق النفاذ
السريع والحال لها .

وهذا على خلاف الأحكام العادية التى توافرت لها ضمانات عديدة ،
كفلت لها مالم يتحقق للأحكام الإدارية من جنية التنفيذ ، وذلك على المستويين
التشريعى والقضائى . فمن ناحية صدر قانون ٥ يولييه ١٩٧٢ الذى نظمته به
لأول مرة تشريعا الغرامة التهديدية فى نطاق المنازعات المدنية ليعترف
للقاضى العادى بسلطة توجيه أوامر الى أطراف الدعاوى التى ينظرها حتى
ولو كانوا من أشخاص القانون العام ، وله فى سبيل سرعة تنفيذها الحكم عليها
بغرامة تهديدية بصفة مباشرة أى دون أن يطلب ذلك أحد أطراف الدعوى ^(١) .
هذا إلى أن للقاضى العادى حتى فى الحالات التى لا يوجد فيها نص ، وحال أن
تكون الإدارة طرفا فى منازعة تدخل فى اختصاصه ، أن يوجه إليها أوامر
مقتربة بغرامة تهديدية ^(٢) . ومن ناحية أخرى للقاضى العادى أيضا فى حالات
غصب السلطة Voie de fait سلطات تتماثل عما سبق ذكره ، إذ أن له فى حال
ارتكاب الإدارة لعمل من أعمال الغصب أن يأمرها برد ما اغتصب ، أو إزالة
ما أقامته من منشآت على العين المغتصبة ، أو طردها مما عليه بغير حق قد
استولت ، ومن سلطاته أيضا فى هذه الحالة الحكم عليها بغرامة تهديدية إذا لم
تمثل وتنفذ أوامره فى الوقت الذى يحدده ^(٣) .

ان لم تكن أحكام القاضى العادى ولا أوامره فى حاجة إلى امتياز جديد،

LE. BERRE (J.M.) : Les pouvoir d'injonction et d'astreinte du juge (١)
judiciaire à l'égard de l'administration. .A.J. 1979. p.14.

CHABAS (F.) : Astreintes. Répertoire de procédure civile. Dalloz (٢)
Mise a jour 1993. No. 31. P.4.

T.C. 17 juin 1948. Moufature de velours et de peluches Rec. p.513. (٣)
R.D.P. 1948. P.581. note. Waline.

ولم يكن هو ذاته في عوز لسلطة أخرى يكفل بها تنفيذها^(١) . ولذا كان المشرع منطقياً مع نفسه حين قصر سريان قانون الغرامة التهديدية هنا على الأحكام الإدارية ، ليكفل به تنفيذ أحكام تجردت من كل ضمانات فعالة لتنفيذها . وهو بذلك أعاد التوازن المفقود بين نوعين من الأحكام لهما ذات الحجية ، والإحترام . وهو بذلك أيضاً ، قارب في الحماية بين الأحكام الإدارية والعادية ليحقق منطق الدولة القانونية ، ومائل بين وضع الأشخاص الاعتبارية العامة سواء الذين تصدر عنهم الأحكام العادية ، أو أولئك الذين تصدر في مواجهتهم الأحكام الإدارية^(٢) .

وقد يعن للبعض أن يتساءل نارة أخرى هل يسرى ذات الحكم حتى ولو كان حكم القاضي العادي صدر ضد أحد الأشخاص الاعتبارية العامة على اعتبار أن تشريع الغرامة يستهدف سريانه كغرامة تنفيذ الأحكام الصادرة في مواجهة هذه الأشخاص ؟ . الإجابة بالنفي إذ العبرة في تطبيق الأثر السلبي للشروط ليس بذاتية الشخص الذي صدر في مواجهته الحكم ، وإنما بطبيعة الجهة مصدرة الحكم ذاتها . فإذا كانت هذه الجهة جهة قضاء عادي ، لا يعتمد بمن صدر في مواجهته الحكم حتى ولو كان شخصاً اعتبارياً عاماً ، وحالئذ لا يطبق لكفالة تنفيذ هذا الحكم نظام الغرامة الإدارية .

وتطبيقاً لذلك رفض مجلس الدولة طلب الحكم بغرامة تهديدية تقمعت به السيدة Martinat على إدارة Auligné لإجبارها على تنفيذ حكم صادر لصالحها من محكمة استئناف باريس . وقال المجلس مبرراً أنه لا يناف به أن يحكم بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ حكم صادر عن محكمة تابعة للقضاء العادي^(٣) . مرة أخرى رفض المجلس أيضاً طلباً للحكم بغرامة تهديدية لإجبار إدارة أحد الأقاليم على تنفيذ حكم لمحكمة النقض " الدائرة المدنية " ألغت

BARADUG – BENABENT (E) : op. Cit. P. 96. (١)

TERCINET (J.) : op. cit. P. 9. (٢)

C.E. 23 février 1990. Mme Martinat. Rec: p. 933. R.D.P. 1991. P.866(٣)

note : erdorff.

بمقتضاء - لخطأ في تطبيق القانون - أمر قاضي نزع الملكية بنزع ملكية عقار مملوك للسيد Bergerioux . وقال في تبرير ذلك : لا ينعقد الإختصاص لمجلس الدولة بالحكم بغرامة تهيديية لكفالة تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء العادي ^(١)

ثانيا : قرارات الجهات الإدارية ذات الإختصاص القضائي :

٣٢ - هذه الجهات ، كما هو معلوم ، ذو طبيعة مزدوجة ، تحمل طرفا من سمات اللجان الإدارية البحتة ، وطرفا من صفات الجهات القضائية المختصة . فهي من ناحية التشكيل تعد جهة إدارية بحتة ، إذ يغلب على تشكيلها الطابع الإداري ، نظرا لأن الأكثرية من أعضائها من رجال الإدارة العامة ، والعنصر القضائي من القلة بحيث لا يضاف إليها الطابع القضائي البحت . أما ما تتمثل فيه مع الجهات القضائية فذاتية نشاطها ، وطبيعة الإجراءات التي تتبع أمامها . فنشاطها قضائي بحت يتمثل في الفصل في خصومة إدارية اختصت قانونا بالفصل فيها ، اتباعا لإجراءات تقاضي تحيط الخصوم بذات الضمانات التي يتمتعون بها أمام جهات القضاء ، وتكفل لهم سرعة البت في منازعتهم ^(٢) .

وهذه الجهات تدخل في فرنسا في نطاق ما يعرف بالقضاء الإداري المخصص . وينعقد الإختصاص بالطعن في قراراتها بطريق النقض لمجلس الدولة ^(٣) . وأمثلة هذه اللجان في فرنسا عديدة ، نذكر منها المجالس التأديبية على تنوعها ، المجلس الأعلى للتعليم الوطني ، لجنة المساعدات الإجتماعية ، المجلس الإقليمي الأعلى للوظيفة العامة .. وغيرها . إن هي تسدرج تحت القضاء الإداري المخصص ، وتعد نوعا منه . وهذا معناه كفالة تنفيذ قراراتها

(١) C.E. 16 octobre 1996. M. Bergerioux. Rec. p.1111.

(٢) انظر : أ.د. مصطفى ابوزيد فهمي : الوجيز في القضاء الإداري . اسكندرية . دون ذكر للنشر . ١٩٨٨ . الجزء الأول . ص : ٢٣٦ : ٢٣٧ .

(٣) ODENT (R.) : op. cit. P. 694.

أو أحكامها - على نحو ما يراه البعض - بطريق الغرامة التهديدية ، وينعقد الإختصاص لمجلس الدولة بالفصل فى طلبات الحكم بها ^(١) .

وتطبقا لذلك قضى مجلس الدولة بقبول طلب الحكم بغرامة تهديدية المقدم من السيدة Berthaux مقدرا قيمتها ٥٠٠ فرنك يوميا ضد ادارة أحد الأقاليم L'Yonne ، إذا لم تنفذ خلال خمسة عشر يوما من اعلانها بهذا الحكم القرار - أو الحكم - الصادر من اللجنة الإقليمية للمساعدات الإجتماعية الصادر فى ١٨ مايو ١٩٩٤ ، والمؤيد استئنافا بقرار - أو بحكم - اللجنة المركزية للمساعدات الإجتماعية الصادر فى ٢٣ مارس ١٩٩٥ بإلغاء قرار رئيس مجلس الإقليم العام برفض منح إعانة مالية بصفة تضرية لأحد المستحقين باعتبار أن منح أو منع تلك الإعانات مما لا يختص به ، وإنما يدخل فى اختصاص لجنة المساعدات الإجتماعية ^(٢) . ومن الجدير بالذكر أن اللجنة الإقليمية للمساعدات الإجتماعية تعد قضاء اداريا متخصصا يختص بالفصل كأول درجة فى الطعون المقدمة ضد قرارات لجان قبول المساعدات الإجتماعية

ثالثا : أحكام المحكمين فى المنازعات الإدارية :

٢٣ - لم يتعرض القاضى الإدارى بحكم لتلك المسألة حتى الآن ، ولذا فإن الإجتهد فيها برأى يقتضى الإجابة عن أسئلة أربعة : هل التحكيم جائز فى المنازعات الإدارية ؟ . وإذا كانت الإجابة بالإيجاب : فما هى طبيعة قرار المحكم أو هيئة التحكيم ؟ . وإذا كان حكما ، فهل يندرج تحت الأحكام الإدارية ، ويقبل التنفيذ جبرا بطريق التهديد المالى ؟ . وإذا كان يقبله فمن الذى يحكم بالغرامة التهديدية حالئذ هل المحكم مصدره أم للقاضى الإدارى صاحب الإختصاص الأصيل فى هذا الشأن ؟ .

MULLER (J.) : Note sous C.E. 5 mai 1995. Mme Berchaux. A.J. 1995. (١) P. 653.

C.E. 5 mai 1995- Mme Berthaux. Rec. P. 200. R. Ad. 1995. P.18. (٢) note : C.M., A.J. 1995. P.653. note: Muller.

أما عن مدى جواز التحكيم فى المنازعات الإدارية ، فالأمر يتروّد بين أصل واستثناءات تردّ عليه . أما الأصل فهو الحظر ؛ إذ لا يجوز لأشخاص القانون العام الإلتجاء الى التحكيم لفض منازعاتهم ^(١) ، وهذا يرجع إلى أمرين : أولهما : الخشية من أن يتحول الأشخاص العامة عن قضاء الدولة إلى التحكيم ، فتفقد بذلك الضمانات التى يتمتع بها أمامه والتى غايتها حسن قيامها على ماتشغل به من نشاط ترتبط بالمصالح العامة للدولة ^(٢) . أما الآخر : يستند إلى المادة ٢٠٦٠ من التقنين المبنى المعدلة بمقتضى القانون رقم ٦٢٦ لسنة ١٩٧٢ الصادر فى ٥ يولييه ١٩٧٢ التى استبعدت من الخضوع للتحكيم منازعات الأشخاص العامة ، والمنازعات المتعلقة بالنظام العام ^(٣) . وجزاء مخالفة هذا الحظر هو البطلان الذى ينعقد الإختصاص بالحكم به للقضاء الإدارى ^(٤) .

غير أن هذا الحظر تردّ عليه عدة استثناءات نذكر منها ما نصت عليه المادة ٢/٢٠٦٠ من التقنين المبنى من أنه يجوز بمرسوم الترخيص للمؤسسات العامة التجارية والصناعية من الإلتجاء إلى التحكيم . ولكن لم يصدر هذا المرسوم حتى الآن وإنما صدرت عدة قوانين رخصت لبعض هذه المؤسسات بالإلتجاء إلى التحكيم . من ذلك : قانون ٢ يولييه ١٩٩٠ الذى أجاز لهيئة البريد والاتصالات الفرنسية . والقانون رقم ١١٥٣ لسنة ١٩٨٢ الصادر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٨٢ الذى رخص للشركة القومية للمكبك الحديدية

JARROSSON (CH): l'arbitrage en droit public A.J. 1997. P. 16. (١)

MATTEI-DAWANE : (G.): Larbitrage en droit public . G.P. 1987.

24 juillet 1987. P. 14.

ROMIEU : Conclusions sur .C.E. 17 mars 1893. Chemins de fer du (٢)

Nor. 5.1894.3. p.119.

RIVERO (J.) Personnes morales de droit public et arbitrage. R. (٣)

Aarbitrage. 1973. P. 263.

C.E 3 mars 1989. Sté. des autours de la region Rhône – Alpes. Rec : (٤)

p. 69. concl : Guillaune. R.F.D. Ad. 1989. P.619. note : Pacteau.

الفرنسية (S.N.C.F.) بإمكانية الإلتجاء إلى التحكيم لفض منازعاتها ، إضافة إلى ذلك المادة ٩ من القانون رقم ٩٧٢ لسنة ١٩٨٦ الصادر في ١٩ اغسطس ١٩٨٦ اذ رخص للدولة ، والأشخاص العامة شرط الإقليمية والمؤسسات العامة أن تدرج ضمن مائتيرمه من العقود العامة مع الشركات الأجنبية شرطا يقضى بالإلتجاء إلى التحكيم لفض مايتور عن التسوية المالية لتلك العقود من منازعات ^(١) .

بقي أن نعرف طبيعة مايصدر عن المحكم أو هيئة التحكيم ، غالبية الفقه والقضاء على أن المحكم يعتبر قاضيا وهيئة التحكيم جهة قضائية ^(٢) . ونل هذا مايعبر عنه البعض بقوله أن المحكم يحل محل المحكمة ، وحل حكمه محل حكمها ^(٣) . غير أن هذا الحكم لا يكون ملزما إلا بعد صدور أمر قضائي بتنفيذه L'exequateur . وهذا الأخير يصدر في منازعات التحكيم الإدارية من القضاء الإداري ^(٤) .

اذن بالأمر التنفيذي الصادر عن القضاء الإداري يكون حكم المحكم La sentence مثله كمثل الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري ، وبخضع حالئذ ذات القواعد التي يخضع لها تنفيذ هذه الأحكام ، بما في ذلك قاعدة حظر الإلتجاء إلى قواعد التنفيذ العادية في مواجهة الأشخاص العامة ، كما يمكن الطعن فيه بطريق الاستئناف أمام مجلس الدولة . إذ أن قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٧ بإنشاء محاكم الاستئناف الإدارية ، قصر اختصاصها على الفصل في طعون استئناف أحكام المحاكم الإدارية فحسب ^(٥) . بما مفاده أن مجلس الدولة

(١) CHAPUS (R.) : op. cit. P. 152.

(٢) C.E. 4 janvier 1957, Lamborot. A.J. 1957 p.107 concl.

(٣) أ.د. أحمد ابو الوفا : التحكيم الإختياري والإجباري . اسكندرية . منشأة المعارف . الطبعة الخامسة . ١٩٨٨ . ص : ٢١ .

(٤) أ.د. فتحي والي : التنفيذ الجبري . القاهرة . دار النهضة العربية . ١٩٨٩ . ص : ٩٦ .

(٥) DRAGO (R.) : Les cours administratives d'appel. R.F.D. Ad. ==

بظل جهة الإختصاص بنظر استئناف أحكام المحكمين كما كان الحال قبل هذا التعديل ^(١) . أما في الحالات التى يقرر فيها بنص خاص عدم جواز الطعن في أحكام المحكمين بالإستئناف - على نحو ماقرره قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ - فإنه يكون لمجلس الدولة نظر الطعن فيها بطريق النقض ^(٢) .

بقي أن نعرف مدى امكانية الحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ هذه الأحكام . ذكرنا أنه جرى بشأن تنفيذها ذات القواعد المطبقة على تنفيذ الأحكام الإدارية، ولما كان هذا من اثره عدم الإلتجاء إلى قواعد التنفيذ العادية في إجرائها لطبيعة الأشخاص الذين تنفذ في مواجهتهم ^(٣) . ففي هذه الحالة لا يكون هناك مفر من الإلتجاء إلى الغرامة التهديدية لإجبار الشخص العام على الإمتثال لها . ولا ينعقد الإختصاص حالئذ للمحكم أو هيئة للتحكيم ، وإنما يكون لمجلس الدولة لسببين : أولهما أن مهمة المحكم تكون قد فرغت بعد صدور حكمه ، ولا يكون له أى اختصاص بشأن تنفيذ الحكم بعد اصداره . إذ أنه يتجرد من أى سلطة بمجرد إصدار حكمه ، وتتولى المحكمة المختصة تفسير أو تصحيح ماوقع بمنطوقه من أخطاء ، أو ماثور بشأن تنفيذه ^(٤) ؛ ولذا لا يمكن حتى في منازعات القانون الخاص أن يحكم بغرامة تهديدية بعد أن استنفذ بصدور حكمه سلطته ^(٥) . وكذا لا يجوز الاحتكام إليه ليأمر الشخص العام الممتنع عن التنفيذ بإجرائه تحت

= 1988. P. 196.

C.E. 4 janvier 1957 – Lamborto. Rec. p.12. A.J. 1957. P. 108. Concl. (١)
Chardeau.

CHAPUS (R.) : op. cit. P 154. (٢)

MARCHAND (J.M.) : Procèdes du droit administratif J.C.Ad. 1989. (٣)

Fax : 110 – p.18.

DUCOS-ADER (R.) : Le principe d'insaisissabilité. G.P. 1986 – 2 –
p.474.

(٤) د. رأفت محمد سيد : تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية . رسالة دكتوراه . حقوق
القاهرة . ١٩٩٦ . ص : ٤٦ وما بعدها .

أ.د. احمد ابو الوفا : التحكيم ... المرجع السابق . ص : ٢٨٥ – ٢٨٦ .

DU RUSQUEC (E.) : A streintes – Astreintes prouvoire J.C. Proc. =(٥)

يجوز الإحتكام إليه لنأمر الشخص العام الممتنع عن التنفيذ بإجرائه تحت التهديد المالى . والأمر الآخر وهو الأهم أن الإختصاص ينعقد بصراحة نص المسادة الثانية من قانون الغرامة لمجلس الدولة . فلا يجوز حتى لأى من جهات قضاء الدولة ممارسة هذا الإختصاص ، فيكون غير جائز من باب أولى للمحكم أو هيئات التحكم إلا بنص خاص ، ولما كان هذا النص غير موجود حتى الآن ، فإن الإختصاص يظل على الأصل لمجلس الدولة . بل إن هذا النص يقف أيضا حجرة عثره دون أن يقرن المحكم حكمه بغرامة تهديدية قبل صدوره ، إذ كما قلنا الإختصاص ينعقد لمجلس الدولة فى جميع الحالات مالم يقرر بنص خلاص خلافه ، ولا يوجد مثل هذا النص حتى وقتنا الحالى .

المطلب الثانى

شروط الحكم الإدارى الخاصة

تحديد وتقسيم :

٣٤ - وجه الخصوصية فى تلك الشروط ارتباطها بنسوع جديد من الأحكام لم يألفه القضاء الإدارى قبل صدور قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ . يمثل أنشوا لضمان المشرع لحق المتقاضى فى عدالة سريعة وفعالة ، وحق القاضى فى أن يكفل بإيجابية تنفيذ أحكامه ^(١) . ونعنى بها الأحكام المرتبطة بأوامر تنفيذية يضمن بالغرامة التهديدية سرعة تنفيذها .

وسواء صدرت تلك الأحكام مقترنة بالأوامر ، أو كانت هذه الأخيرة لاحقة على صدورها ، أى أصدرها القاضى بعد أن اعترى تنفيذ حكمه عائقا

== Civil. 1994. Fas. 2130. P. 10-11.

GAUDEMET (Y.): Le juge administratif, futur administrateur. Le (١)
juge administratif à l'aube de XXe siècle. Grenoble. presses
universitaires de Grenoble. 1995. p.179.

حال دون تحققه ، فعاد اليه المحكوم لصالحه طالبا الحكم بها لضمان حدوثه ، نقول سواء كانت الأوامر معاصرة للحكم أو لاحقة عليه ، يلزم لكى تتخذ الغرامة التهديدية سبيلا لتنفيذها توافر عدة شروط : بعضها خاص بالأوامر ذاتها ، وبعضها الآخر يخص الحكم نفسه ، إذ تختلف هذه الأخيرة تبعا لما إذا كان الحكم صادرا عن المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية أو صادرا عن مجلس الدولة .

وفى فرع أول نتناول الشروط الخاصة بالأوامر التنفيذية ، نوطنة لتفصيل الشروط الخاصة بالأحكام المتعلقة بها .

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بالأوامر التنفيذية

تحديد وتقسيم :

٣٥ - ينصرف هذا المفهوم هنا الى الأوامر التى يوجهها القاضى الإدارى إلى الإدارة بان تتخذ اجراء معيناً يستلزمه تنفيذ حكمه ، أو تمتنع عن تصرف ما لا يستوجب . أنه ان نوع من الإلتزام بعمل أو بالإمتناع عن عمل، ولكنه هذه المرة بأمر القاضى لابعجرد مقتضى الحكم . كما كان الحال سلفا .

وإذا كانت تلك الأوامر تتوحد تحت غاية واحدة هى تيسير مهمة الإدارة فى تنفيذ الأحكام الإدارية ، وقطع كل سبيل عليها للمطال فيه ، بدعوى غموضها أو عدم وضوحها بشكل تتعلل معه بصعوبة معرفتها بكيفية تنفيذها ، فإن جانباً من الفقهاء يجرى تقسيمها إلى نوعين ، معتدا فى ذلك بمعيار شكلى أكثر منه موضوعى : أوامر أساسية *injonctions au fond* ، وأوامر تنفيذ *injonctions d'exécution* يزعم أن الأولى يصدرها القاضى أساسا مقترنة بمنطوق حكمه أما الثانية فتصدر لاحقة عليه بناء على طلب المحكوم له الذى صادف عنتا أو إعراضا من الإدارة فى التنفيذ ^(١) .

وعلى نحو ما يبدو لا توجد أية تفرقة في الطبيعة بين هذين النوعين ، كما أن تنوعهما على هذا الشكل لا يستتبع ، واقعيا أو قانونيا ، أية مغايرة موضوعية أو إجرائية في التطبيق ^(١) . وإنما توحدتهما تحت هدف ضمان تنفيذ الأحكام الإدارية يسمح بأن يطلق عليها تسمية واحدة هي الأوامر التنفيذية . ثم في إطار ارتباطها بالغرامة يمكن التمييز بين الأوامر التنفيذية المرتبطة بغرامة تهديدية *Les injonctions d'exécution assorties d'astreintes* والأوامر التنفيذية غير المرتبطة بغرامة تهديدية أو الأوامر التنفيذية البسيطة *Les injonctions d'exécution simples* ^(٢) .

والأوامر التنفيذية من حيث اتصالها بالحكم إما أن تمثل جزءا من منطوقه حين تصدر مقرونة به ، وحالئذ يكون لها ذات حجيته . وهنا تكون الغرامة سبيلا للإجبار على تنفيذها مثلها كالحكم الذي تضمنها . وحتى في الحالات التي يحكم بها القاضي استقلالا بعد صدور حكمه ، وممانعة الإدارة لتنفيذه ، فإنها تكون بنص القانون - المادة ٣/٨ ، ٤/٨ من تقنين المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، المادة ١/٦ من قانون الغرامة - وسيلة تقضى على معارضة الإدارة للتنفيذ . ومن هنا تبرز معالم وظيفة جديدة لها ، إذ لم تعد أداة ضمان لتنفيذ الأحكام الإدارية المجردة وفقا لنظامها العام في قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ ، وإنما صارت وسيلة لكفالة تنفيذ الأوامر التنفيذية ^(٣) . ولعل بعضا من الفقهاء يشير إلى ذلك قائلا بأن ثمة علاقة وطيدة بين الغرامة التهديدية والأوامر التنفيذية . فالأولى تعد أداة رئيسية لكفالة احترام الثانية ،

WOEHLING (J.M.): les normaux pouvoirs d'injonction du juge ^(١) administratif selon la loi du 8 février 1995 : propositions pour un mode d'emploi. L.P.A. 24 mai 1995. P. 18,

D.E LAUBADERE (A) et autres : Traite de droit administratif. Paris. ^(٢) L.G.D.J. 14^e édition. 1996. T.I. p.455.

GOUR DOU (J.): Les normaux pouvoirs du juge administratif en ^(٣) matière d'injonction et d'astreinte. R.F.D. Ad. 1996. p.333.

والقاضي بقصد أن يتوقى رفض الإمتثال لأوامره بقرن منطوق حكمه بغرامة تهديدية توقع حال الإمتناع عن تنفيذها ^(١) . غير أنه لكي تكون للأوامر ذات الأثر ، يلزم توافر شروط ثلاثة : أولها أن يطلب ذو الشأن من القاضي توجيه أوامر للإدارة صراحة ، والآخر أن تكون الأوامر المطلوبة مما يقتضيه تنفيذ الحكم فعلا ، وأخيرا أن يقدر القاضي أن تنفيذها يستلزم الحكم بغرامة تهديدية.

أولا : وجوب طلب توجيه أوامر تنفيذية إلى الإدارة :

٣٦ - وفقا للأسس القضائية لإعمال هذا الشرط في المواد ٢/٨ ، ٣/٨ ، ٤/٨ من نقتين المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، والمادة ١/٦ من قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ (قانون الغرامة التهديدية) يقتضى الوقوف على مفهومه ومذاهب والتعرض لعدة أمور : اسباب الطلب ، تحديد الطلب ، أنواع الطلب .

(١) أسباب الطلب :

٣٧ - إن أول ما يستلفت النظر في سلطة القاضي بتوجيه الأوامر التنفيذية ، انها سلطة غير مباشرة . بمعنى أن القاضي لا يستطيع أن يمارسها مباشرة ومن تلقاء نفسه d'office حتى ولو نراهى له أن تنفيذ الحكم يستلزم تلك الأوامر ، إذ لابد ، وفي جميع الأحوال ، أن يطلب ذو الشأن ذلك صراحة ^(٢) .

ولا يقتصر هذا الشرط في سريانه على المحاكم الإدارية ، ومحاكم الإستئناف الإدارية فحسب ، وإنما يصرى أيضا بالنسبة لمجلس الدولة وفقا للمادة ١/٦ من قانون الغرامة . وهذا على خلاف الحكم بالغرامة التهديدية التي يكون لمجلس الدولة أن يقضى بها من تلقاء نفسه ، حتى ولو لم يطلب ذلك المحكوم لصالحه .

(١) RIVERO (J.) et WALINE (J.) : op. cit. P. 203.

(٢) C.E. 18 oct. 1995. Ministre d'intérieur c/ Reghis. A.J. 1996. p.157.

والشرط ، على نحو ما يبدو ، يعكس بتطلبه الأسباب التي حدثت بالمشروع الى اقتضائه . أولها : النزول على مقتضى القاعدة الإجرائية التي تقضى بأنه لايجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصم . إذ تحظر عليه ، فسى غير المسائل المتعلقة بالنظام العام ، أن يقضى بأكثر أو بأقل مما طلبه الخصوم ^(١) .

والآخر حقيقة نظرت إلى الأمر التنفيذي ، فإنه ، وعلى خلاف الغرامة التهديدية - ليس سبيلا للإجبار على التنفيذ ، وإنما هو وسيلة لتيسير مهمة الإدارة في إجرائه ، وتذليل الصعاب التي قد تحول دون تمامه . ولذا إذا كانت الغرامة أداة فرض لاحترام الشيء المقضى به ، فإن الأمر يحدد للإدارة كيفية تحقيق مقتضيات هذا الإحترام . ولما كان المدعى هو الذى يقدر مدى الفائدة التي تعود عليه من الأمر ، وقدر ملتفضيه علاقته بالجهة الإدارية المدعى عليها من لزومه ، فإنه يكون من اللازم ألا تقضى المحكمة به الا بناء على طلبه ، وإلا ترتب على تدخلها ماكان لايرجوه ولايقصده ^(٢) .

(٢) تحديد الطلب :

٣٨ - لا يكفي مجرد تقديم الطلب لإحداث أثره في الحكم بالأمر ، وإنما يلزم أن يحدد فيه صاحب الشأن الإجراء الذي يريده صراحة ، أى الذى يراه مرضيا لقناعته في تنفيذ الحكم في حدود مقتضاه . وهذا ما تشير إليه عبارة وردت في سياق النصوص الصالفة : " conclusions en sens " ويترتب على ذلك رفض الطلب العام demande générale أى الذى يعلن من خلاله ذو الشأن رغبته في توجيه أمر يقتضيه تنفيذ الحكم دون أن يحدد الإجراء الذى يريده تاركا تلك المهمة للقاضي ^(٣) .

(١) AUBY (J.M.): L'ultra petita dans la procédure contentieuse administrative. Mèl : Waline. Paris L.G.D.J. 1964. p.267.

(٢) V.Rapport de la commission des lois de L'Assemblée nationale. Doc. Ass. Nat. 1993 - 1994, No : 1427. T.2. p.106.

(٣) C.E. 4 juillet 1997. M. Levceau et autres. A.J. 1997. p.635.

وقد يبدو من كتابات بعض الفقهاء أن هذا النوع من الطلبات يكفى لأن يأمر القاضى باتخاذ الإجراء الذى يراه مناسباً لتنفيذ الحكم على سند من القول بأن تنفيذ الأحكام مسألة تتعلق بالنظام العام ؛ ولذا يكون للقاضى أن يتعرض لها من تلقاء نفسه . وهذا يقتضى أن يتخذ بشأنها مباشرة من الإجراءات مليراه لازماً لكفالة تنفيذها دون تجاهل مالطلب الخصم من أثر فى هذا الشأن . غير أن طلبه يتوقف عند حد اعلان رغبته فى اتخاذ الإجراء الملاءم للتنفيذ ، على أن يتولى القاضى بعد ذلك مهمة تحديد هذا الإجراء ^(١) .

وبغض النظر عن الإعتبارات المنطقية التى يستقر عليها هذا الرأى فإنه لا يمكن قبوله ؛ وذلك لمعارضته للنصوص التشريعية السابقة التى تلزم بأن يكون طلب المدعى صريحاً ومحدداً لا لإعلان القاضى بمقصده فحسب ، وإنما بتحقيق مبتغاه من الحكم . فضلاً عن ذلك يخالف هذا الرأى الإتجاه العام لقضاء مجلس الدولة والمحاكم الإدارية العادية والإستئنافية فى هذا الشأن بضرورة أن يكون الطلب صريحاً ومحدداً ^(٢) . وأخيراً أن ترك مهمة تحديد الأوامر اللازمة لتنفيذ الحكم للمحكمة المختصة لم يجرها المشرع إلا فى حالة واحدة ، مقصورة على الطلب اللاحق على صدور الحكم ، وثبوت الإمتناع عن تنفيذه ، وفقاً للفقرة الثالثة من المادة ٤/٨ من التقنين التى افادت بأنه إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه لم يحدد الإجراءات اللازمة لذلك ، فإنه يكون للمحكمة التى أصدرته تحديدها . حالئذ يكون الطلب الذى يتقدم به المحكوم لصالحه إلى المحكمة المختصة منطوقاً على أمرين : تكليف المحكمة بداية بتحديد الإجراءات الواجبة لتنفيذ هذا الحكم ، ثم توجيه أوامر إلى الإدارة باتخاذها .

وقد يعن للبعض أن يتساءل : إذا كان لابد أن يكون الطلب محدداً ،

CHABANOL (D.): un printemps procédural pour la juridiction administrative. A.J. 1995. p.388. ^(١)

C.E. 7 avril 1995 – Grekos. Rec : p.159. R.F.D. Ad. 1996. p.61. ^(٢)

T.A Rouen 9 juin 1995 – Clinique du parc. R.F.D. Ad. 1996. p.352.

T.A Rouen 9 janvier 1996 – Godefroy. R.F.D. Ad. 1996. p.352.

فماذا لو كان تحديده ناقصا ؟ . الأمر يختلف تبعا لدرجة نقصانه ومدى تأثيرها على مضمونه . فإذا كان النقصان كبيرا بحيث لا يستشف منه ما يريده الطالب فإن المحكمة لا تستطيع أن تتولى ذلك عنه ، فيكون في إثمه كالتطلب العام يستوجب الرفض . أما إذا كان النقص بسيطا لا يؤثر له على مضمونه ، والوقوف على محتواه ، أو كان كذلك ، ولكن ظروف الحال والملابسات التي أحاطت به تعين على تحديده وتلمس قصد الطالب منه ، فهنا لا أثر لذلك على صحته . ففي دعوى تتلخص وقائعها في أن السيد Nkouakova ، وهو زائري الجنسية ، قدم إلى فرنسا للدراسة ، غير أن الإدارة رفضت أن تمنحه ترخيص إقامة طالب مما اضطره للطعن بالإلغاء على قرار الرفض أمام محكمة Melun الإدارية التي رفضت بدورها طعنه ، بحكمها الصادر في ٢٠ نوفمبر ١٩٩٦ ، فاستأنف الحكم أمام محكمة استئناف باريس الإدارية مطالبا بإلغاء هذا الحكم ، وإلغاء قرار محافظ Val - de - Marme الصادر في ٢٠ إبريل ١٩٩٥ . كما طُلب من المحكمة أن توجه أمرا إلى المحافظ بمنحه ترخيص إقامة بصفته طالبا . ولم يحدد في هذا الطلب إذا كان هذا الترخيص يريده للعام الدراسي الذي رفع خلاله دعواه (٩٤ - ١٩٩٥) أم كان لهذا العلم للعام الذي يليه وحتى الانتهاء من دراسته ، كان أمام المحكمة اتخاذ أحد موقفين : إما أن تحيل الأمر إلى الإدارة لتجرب تحقيقا جديدا تلزمها بعده بشأن تتخذ قرارا بمنحه ترخيص إقامة طالب خلال مدة محددة إذ تبين لها أن المركز القانوني والواقعي لصاحب الشأن لم يتغير ، ولم يحدث منه ما يفقده أحد الشروط اللازمة للحصول على الإقامة ، وفقا للمادة ٢/٨ من التقنين ^(١) ، أو أن توجه أمرا إليها بمنحه ترخيص إقامة طالب عن العام الدراسي الذي صدر خلاله قرار الرفض وهو عام ٩٤-١٩٩٥ باعتباره العام الذي تنطبق فيه حالته الواقعية والقانونية مع الأوراق المعروضة على المحكمة ، مما يعني أنها وقفت على ظروفه جميعها بشكل يجعل حكمها أكثر اتفاقا مع ظروف الحال . ويبدو أن المحكمة قد مالت إلى الموقف الأخير فأمرت - بعد إلغاء حكم المحكمة

الإدارية وقرار الإدارة بالرفض - المحافظ بتسليمه ترخيص اقامة مؤقتة بصفته طالبا خلال شهرين من اعلانه بهذا الحكم عن العلم الجامعي ٩٤ - ١٩٩٥ (١) .

هذا ، ولتحديد الطلب أثره على نطاق سلطة القاضى فى الحكم بالأوامر التنفيذية ، إذ تكون هذه السلطة مقيدة ، لاتحمل أى وجه للتقدير غير تقدير ما إذا كان الإجراء المطلوب مما يقتضيه التنفيذ أم لا . فإذا استبان له أن التنفيذ يستوجبه ، يكون لزاما عليه أن يأمر به ، ولا يمكنه الحكم بإجراء آخر (٢) . أما إذا تبين له خلاف ذلك فإنه لا يستطيع إلا رفض الطلب دون أن يكون له الأمر باتخاذ الإجراء الصحيح أى الذى يقتضيه التنفيذ ، إذ لاحق للقاضى هنا فى الحلول محل الطالب فى اختيار الإجراء المناسب ، ولاسلطة له فى استبدال إجراء غير مطلوب بآخر مطلوب مهما كانت درجة صحة الأول وخطأ الأخير (٣) . ولذا فإن محكمة روان الإدارية ، رغم أنها أشارت فى حكمها إلى أن الإجراء الذى يقتضيه تنفيذ الحكم هو توجيه أمر إلى الإدارة بإعادة فحص ملف الطاعن تمهيدا لإتخاذ قرار جديد إلا أنها لم تحكم به - بل على العكس رفضت طلب الطاعنة ، لأنه كان يتضمن توجيه أمر باتخاذ إجراء آخر (٤) .

ولكن ماذا عماه أن يفعل ذو الشأن حتى يتجنب رفض طلبه لاسيما حين يغم عليه معرفة الإجراء الذى يقتضيه تنفيذ الحكم بدقة ؟ . يبدو أنه ليس أمامه من سبيل إلا أن يطلب بصفة أصلية الأمر بما يراه لازما لتنفيذ الحكم بصورة محددة، كأن يطلب مثلا الأمر بمنحه للترخيص حال الحكم بالغاء قرار رفضه وفقا للفقرة الأولى من المادة ٢/٨ من التقنين . ويطلب بصفة

C.A.A. Paris 27 oct. 1998. M. Nkouakova. A.J. 1999. p.277 et (١)
chronique de jurisprudence des cours administratives d'appel. A.J.
1999. p.221.

MAUGUI (J.): Conclusions sur C.E. 26 juillet 1996. Association (٢)
lyonnaise des protection des locataires. R.F.D. Ad. 1996. p.773.

T.A. Limoges : 7 decembre 1995. cts. Descat et Calary de lamaziere (٣)
c/ Dpt. de la conze. R. F.D.Ad. 1996. p. 384.

T.A. Rouen : 9 janvier 1996. Godefroy. R.F.D. Ad. 1996 p.352. (٤)

احتياطية الأمر بإجبار الإدارة على إصدار قرار بمنحه هذا الترخيص بعد فحص جديد للأوراق خلال مدة معينة على نحو ما نصت عليه الفقرة الثانية من ذات المادة ^(١). وهو بذلك يكون قد طوى طلبه على ما فصلته المادة ٢/٨ من التقنين التي وضعت الأسس العامة لقبول طلبات الأوامر التنفيذية السابقة على صدور الحكم. وتدللا على ذلك قضت محكمة ليون الإدارية بأن تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء رفض منح رخصة بناء لا يقتضي - كما طلب الطاعن بصفة أصلية - تسليم هذه الرخصة ، وإذا كان لامناص أمام المحكمة من رفض طلبه تطبيقا للفقرة الأولى من المادة ٢/٨ من تقنين المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية إلا أنه وقد طلب بصفة احتياطية توجيه أمر إلى العمدة بإعادة فحص طلب حصوله على هذه الرخصة . فقد قضت المحكمة بقبول هذا الطلب ووجهت أمرا إلى العمدة بأن يفحص طلب الترخيص خلال ثلاثة أشهر ابتداء من اعلانه بهذا الحكم ^(٢) .

(٣) أنواع الطلب :

٣٩ - إذا كانت طلبات توجيه الأوامر تتوحد من حيث غايتها ، فإنها تتنوع ، اعتدادا بوقت تقديمها ، على نحو ما أفصحت المادتان ٢/٨ ، ٤/٨ من التقنين ، والمادة ١/٦ من قانون الغرامة ، إلى نوعين : طلبات سابقة على صدور الحكم ، وطلبات لاحقة لصدوره .

فأما الطلب السابق على صدور الحكم فيتقدم به المدعي إما مقرونا بالطلب الأصلي في الدعوى أو منفصلا عنه ، أي يستوى أن يقدمه في ذات صحيفة دعواه مع الطلب المفتتح للخصومة ، أو يتقدم به من خلال طلب مستقل أثناء سيرها ، ولا يفرق في الأثر أن يرفعه بذات الإجراءات المعتادة

T.A Rennes:29 janvier 1996 . M. Aymerci Luque et de Saint-(١)
Germain. R.F.D. Ad. 1996. p.350.

T.A. Lyon: 29 mars 1995. Sté civile immobilière pegay. Rec:P. (٢)
989.

لرفع الدعوى قبل ميعاد الجلسة المحددة لنظرها ، أم يبدية شفافة فيها مع اثبات مضمونه فى محضرها . وإذا كان التماثل قائما بين هذا النوع من الطلبات وبين طلب وقف تنفيذ القرار الإدارى المطعون عليه بالإلغاء من حيث الارتباط القائم بين كلا منهما وبين الطلب الأصلى ، فإنهما يفرقان من ناحيتين : عدم اشتراط وحدة الصحيفة فى الأول دون الثانى . بمعنى عدم تطلب اجتماع الأول مع الطلب الأصلى فى صحيفة دعوى واحدة ، وتطلبه بالنسبة للثنائى كأصل عام ^(١) . أما الناحية الأخرى فتتعلق بوحدة القاضى الذى يفصل فى تلك الطلبات ، إذ أنه فى حالة طلب توجيه الأمر يكون هو ذات القاضى الذى يفصل فى الطلب الأصلى (المادة ٢/٨ من التقنين ، ١/٦ من قانون الغرامة) . فى حين ليس هذا التوحد متطلبا بالنسبة للحالة الأخرى ، إذ يمكن فى بعض الأحيان أن يقدم طلب وقف التنفيذ أمام جهة غير قاضى الموضوع ^(٢) . ولعل الميزة التى قصدها المشرع بهذا الارتباط بين الطلب الأصلى وطلب توجيه الأمر من ناحية وحده القاضى أن يضع الدعوى بزمئها أمام ذات المحكمة مما يحقق ميزة الإلزام التام بمختلف عناصرها ، فيكون حكمه اقرب إلى العدالة . فضلا عما يترتب على ذلك من فائدة تبسيط واختصار الإجراءات مما يفضى إلى سرعة الفصل فى الدعوى . إضافة إلى مايقفه ذلك من تذليل مآخذ يتوقع من صعوبات تعوق تنفيذ الحكم فى الطلب الأصلى عند صدوره .

أما الطلب اللاحق لصدور الحكم فعلى نحو مايبين لا يثور أمره إلا بعد أن تصدر المحكمة حكمها وتمتتع الإدارة أو تهمل تنفيذه . وهو لذلك يفترض أمرين : أولهما أن الحكم لم ينفذ ، سواء رجع ذلك لرفض الإدارة صراحة تنفيذه ، أو تعنتها ووضع العراقيل دون تمامه . أما الآخر صدوره دون أن يتضمن أوامر يستلزمها تنفيذه ؛ لأن المحكوم لصالحه لم يطلب من المحكمة

(١) Moderne (F.): Sur nouveau pouvoir d'injection du juge administratif. R.F.D. Ad. 1990 p. 43.

(٢) أ.د. محمد فؤاد عبدالباسط : وقف تنفيذ القرار الإدارى . المرجع السابق . ص : ٢٣٤ ومابعدها .

أنشاء سير الدعوى أن تأمر بما يكفل هذا التنفيذ^(١) .

فى هذه الحالة ينشأ له بمقتضى القانون حقا جديدا فى أن يقدم طلبا باتخاذ مايراه لازما لتنفيذ هذا الحكم ، حتى ولو كان هذا الأخير قطعيا definitif (المادة ٤/٨ من التقنين) . وعلى هذا النحو يمثل الطلب بذاته خصومة جديدة ، وتقام عنه دعوى مستقلة ، لها نظامها الإجرائى الذى يتماثل مع ذلك المتبوع بالنسبة للغرامة التهديدية . وهذا مايقضى ارجاء الحديث عنه الى ماسياتى لاحقا .

ثانيا : ضرورة أن تكون الأوامر المطلوبة مما يقتضيها التنفيذ :

٤٠ - لايكفى أن يطلب صاحب الشأن من القاضى توجيه أمر باتخاذ اجراء تنفيذى ليحصل عليه ، وإنما لابد أن يتحقق للقاضى من أن الاجراء المطلوب مما يقتضيه التنفيذ (المادة ٢/٨ التقنين ، ١/٦ من قانون الغرامة) . وانتفاء الشرط يفضى إلى رفض الطلب . إذ القاضى لايمتنع هنا بمسلطة تقديرية، وإنما سلطته مقيدة : فإما أن يرفض الطلب ، وإما أن يقضى باتخاذ الاجراء اذا تبين أن التنفيذ بالفعل يستوجبه^(٢) .

وإذا كان اقتضاء التنفيذ يمثل معيارا لتحديد دور القاضى فى نطاق الأوامر التنفيذية ، فإنه من ناحية أخرى يتخذ أساسا للتمييز بين هذه الأوامر من حيث درجة اتصالها بتنفيذ الحكم . إذ وفقا له تنتوع إلى أنواع اربعة : أوامر منبئة الصلة عن تنفيذ الحكم ، أوامر ذات صلة بالحكم ، ولكن لايستوجبها تنفيذه ، أوامر باتخاذ اجراء محدد يستلزمه تنفيذ الحكم ، أوامر بإصدار قرار آخر بعد تحقيق جديد .

(١) الأوامر المنبئة الصلة بالحكم المطلوب تنفيذه :

٤١ - أن المتأمل فى النصوص المنظمة للأوامر التنفيذية سواء

GUETTIER (CH.) : op. cit. p. 16.

DEBBASCH (R.) : op. cit. p.166.

(١)

(٢)

الواردة في المواد من ٢/٨ إلى ٤/٨ من التقنين ، أو المادة ١/٦ من قانون
الغرامة التهديدية ، يلحظ أن المشرع حين اعترف للقاضي الإداري بتوجيه
أوامر للإدارة قصر ذلك على الأوامر المتصلة بحكم مطلوب تنفيذه . ولذا
نرى الربط التشريعي قائما بين تلك الأوامر وتنفيذ الحكم على نحو يتأكد منه أن
توجيه الأوامر لابد أن يكون مرتبطا بهدف محدد ، هو كفاءة تنفيذ
الأحكام الإدارية فحسب ^(١) . وهذا يترتب عليه نتيجة هامة ، يتحدد على
أساسها ما إذا كان الخطر التقليدي بالألا يوجه للقاضي الإداري أوامر إلى الإدارة
قد اختفى تماما ، أم مازالت له بقية من أثر . وهي أنه لايجوز للقاضي الإداري
توجيه أوامر إلى الإدارة لاتتعلق بتنفيذ حكم أصدره . ولعل هذا مادعا لبعض
الى القول بأن هذا القانون لم يُلغ مبدأ الخطر ، إذ رغمه مازال قائما ، وإنما كل
أثره أنه حد من نطاق اعماله سواء بالنسبة للقضاء الذي خوله تلك السلطات أو
الحالات التي تمارس فيها ^(٢) .

ويبدو أن هذا مدافع ببعض الفقهاء إلى القول بأن التعديلات التي أجراها
قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ . وأجاز بمقتضاها للقاضي الإداري أن يتخذ من
الأوامر ما يقتضيها تنفيذ أحكامه ، لم نقض تماما على الحظر المفروض عليه
بالألا يوجه أوامر إلى الإدارة ، إذ أنه ، رغم تلك النصوص ، لازال قائما .
فيما عدا ما يتصل بتنفيذ الحكم من أوامر أو إجراءات ^(٣) .
وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة برفض طلب الطاعة التي التمسّت أن

(١) PICARD (E.) la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des
juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Aspects
administratifs. J.C.P. 1995. 19 avril 1995 – 1 – 3840.

(٢) CHAPUS (R.) : Droit du contentieux administratif. Paris. Mont
Christien. 1995. p. 803.

(٣) HUGLO (ch). et LEPAGE (C) : Le Titre IV de La loi 95 – 125 du
8 février 1995. consacré à la juridiction administrative contient il
des dispositions revolutionnaires ? L.P.A. 12 mars 1995. No : 33. p.9.

يوجه أمرا إلى الإدارة بالسماح لها بالحصول على أحد التقارير من ملف خدمتها ؛ معللا رفضه بأن هذا الأمر ليس مما يتعلق بتنفيذ الحكم الذى أصدره ، ولابعد تبعا لذلك اجراء من الإجراءات اللازمة لتنفيذه . ولذا لايجوز له أن يأمر الإدارة باتخاذ^(١) ، إذ ليس للقاضى الإدارى ، خارج هذا النطاق ، أن يوجه أوامر إلى الإدارة^(٢) .

ويسلك المجلس ذات الإتجاه فى أحكام عديدة فيرفض فى أحدها أن يقضى للطاعة بما طلبت من الغاء قرار إدارى رفض مشاركتها فى إحدى المسابقات ، وتوجيه أمر إلى الإدارة بقبول مشاركتها فيها . وإذا كان المجلس قد ألغى لعدم المشروعية هذا القرار إلا أنه رفض أن يوجه إليها ماطلبت^(٣) الطاعة على سند من القول بأنه لايدخل فى نطاق الحالات المنصوص عليها فى قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ ، والتي لاملح لتطبيق نصوصه فى هذه المنازعة ، وفى حدود ذلك لاينبسط للقاضى الإدارى توجيه أوامر إلى الإدارة ...^(٤) .

ولكم كانت تلك الأحكام مخيبة للآمال ، فقد كان أمل الفقه معقودا على مجلس الدولة لينتزع الفرصة التاريخية التى منحها له المشرع ، ويحرر القاضى الإدارى من رفاق هذا الحظر الذى يتجرد من كل أساس قانونى أو منطقى يبرر بقاءه . ولعل هذا مادفع ببعض الفاقهين الى أن ينعى على هذا القانون ، أنه رغم مامنحه من سلطات جديدة للقاضى الإدارى إلا أنه يظل مايمتنع به قاضى تجاوز السلطة محدودا بالنسبة لما يتمتع به قاضى القضاء الكامل ، إذ أن سلطة الأمر التى يعترف له بها تظل محدودة الأثر إذا ماقورنت بسلطة الحلول مثلا التى يتمتع بها قاضى القضاء الكامل . بل ومما يقلل من فاعليتها أن ممارستها تظل مرتبهة بشرط تبرير تنفيذ حكمه لاتخاذها ، بينما قاضى القضاء الكامل يستطيع ، حتى من قبل هذا القانون ، أن يستبدل بالقرار الذى الغاه قرارا آخر

(١) C.E. 28 février 1996. Mme. Faugeux. J.C.Ad. 1997. p. 10.

(٢) C.E. 13 mars 1996. Mme Berthélemy. J.C. Ad. 1997. p.10.

C.E. 18 mars 1996. deux arrêts. Mme Frayssé et M. Baud. Rec p. 125.

دون التقيد بهذا الشرط أو غيره . كما يمكنه تعديل ما اتخذته الإدارة من جزاءات أو قرارات . فى حين لا يملك قاضى تجاوز السلطة ايا من ذلك حتى الآن . إذن المشرع يربط الأوامر بتنفيذ الحكم لم يفعل أكثر من التقليل من حدة الحظر ، ليظل لقاضى القضاء الكامل - ودون نص يعترف له بذلك - من السلطات ما يفوق ما يتمتع به قاضى تجاوز السلطة . ويكفيه أن له دون سلطة الحلول محل الإدارة ^(١) .

(٢) أحكام لا يقتضى تنفيذها توجيه أوامر تنفيذية :

٤٢ - هناك من الأحكام ما تنبأ طبيعته على توجيهه أوامر لكفالة تنفيذها ، أى أنه لا يعوزها اية إجراءات يأمر القاضى الإدارة باتخاذها لوضعها موضع التطبيق العملى . وهذه الأحكام يمكن تصنيفها ، تبعاً لدرجة إلزامها إلى صنفين : أحكام غير ملزمة أى لا تقتضى بشئ يلتزم طرف بتأديته الى الآخر ، ومثلها أحكام الرفض . وأحكام بطبيعتها ملزمة ، ولكن تنفيذها لا يثير صعوبة تستوجب الأمر باتخاذ اجراء لتنفيذها ، فهي بذاتها كافية لتحقيق هذا الغرض كالأحكام المالية (فضلاً عما أوردنا سلفاً) . نعرض لها ثم نتناول بعد ذلك الوضع الخاص بالأحكام الصادرة بإلغاء القرارات اللاحية .

أ - أحكام الرفض : jugements de rejet

٤٣ - سواء انصبت على رفض الدعوى برمتها ، أو طلبات المدعى الأصلية أو المعارضة أو الطعن ، لا يقتضى تنفيذها الأمر باتخاذ أى اجراء محدداً كان أم غير محدد ^(٢) . أقام السيد Heulin أمام مجلس الدولة طعناً بإلغاء حكم محكمة باريس الإدارية الصادر فى ١٣ أكتوبر ١٩٨٨ ، رفضت بمقتضاه طلباته التى كانت تتلخص فى الغاء لتجاوز السلطة قرار مدير أكاديمية باريس بفصله من عمله كأستاذ مشارك للغة الإنجليزية وإدانة الدولة بدفع

(١) BERNARD (M.): Le recours pour excès de pouvoir est-il frappe á mort? A.J. 1995. P. 190.

(٢) GOURDOU (J.) : Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreinte. R.F.D. Ad. 1996. p. 336.

بفصله من عمله كأستاذ مشارك للغة الإنجليزية وإدانة الدولة بدفع تعويض عما لحقه من أضرار نتيجة هذا الفصل غير المشروع ، وتوجيه الأمر بإعادته الى وظيفته وفي ذات المكان الذى كان يعمل فيه . ولما ثبتت مجلس الدولة من مشروعية الفصل لعدم كفايته المهنية . قضى بتأييد الحكم ، ورفض طلباته ، واسس على ذلك رفض طلبه بتوجيه أمر بإعادته إلى عمله وذلك بقوله ... إن هذا الحكم - أى حكم الرفض - لا يقتضى ايا من إجراءات التنفيذ المنصوص عليها فى المادة ٧٧ من قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ ، مما يستوجب رفض طلب الطاعن ^(١) . وفى طعن قدم أمام مجلس الدولة من السيد Surry استاذ جامعى فى قرار رفض ترفيته الصادر من وزير التعليم العالى والبحث ، قضى تأسيسا على رفض الغاء هذا القرار ، بعدم قبول طلبه باتخاذ أمر بترفيته بقوله ... اعتبارا بأن هذا الحكم ، الذى بمقتضاه رفض طلب السيد Surry بالغاء قرار وزير التعليم العالى الصادر فى ١٨ أكتوبر ١٩٩٣ ، لا يقتضى اتخاذ أى اجراء تنفيذى . فإن الأمر بترفيته يكون غير مقبول ^(٢) .

وإذا كان البعض يذهب إلى أن السياسة القضائية لمجلس الدولة فى هذا الشأن .. تحول دون اطلاق القول بأن أحكام الرفض لا تقتضى فى جميع الأحوال الأمر باتخاذ اجراءات تنفيذية ^(٣) ، وتلك مسألة عرضنا لها سلفا ، فإنه يبدو أن مجلس الدولة ظل وفيما لتطبيقها حتى فى الحالات التى تستأنف الإدارة حكما ضدها ويرفض الطعن مؤيدا حكم أول درجة بما يتضمنه من أوامر تنفيذ. إذ أن تأييد هذا الحكم يستوجب توجيه ما انطوى عليه من أوامر ، ولكن مجلس الدولة يرفض هذا النظر ، ويجرى عليه مايطبق بشأن أحكام الرفض. ومثل ذلك الطعن الذى أقامته مدينة باريس بالغاء حكم محكمة باريس الإدارية بالغاء قرار عمدتها الصادر فى ١٤ أكتوبر ١٩٩٣ بتخصيص المكانين رقمى

(١) C.E. 27 mars 1995. M. Heulin. Rec : p.141

(٢) C.E. 7 avril 1995. M. Surry. Rec. p.158.

(٣) STAHL (J.H). et CHAUVAUX (D.) : Chronique générale de

jurisprudence administrative française. A.J. 1995. p.117.

٢٥، ٢٦ من سوق " Point du jour " للسيدة Pawl . وهذا فضلا عن طلبها برفض طلبات M. et Mme Toudroso بتوجيه أمر إليها بتخصيص هذين المكانين لهما باعتبارهما من تجار الخضار والفاكهة . وهو ما أمرت به المحكمة الإدارية في هذا الحكم . وإذا كان مجلس الدولة رفض هذا الطعن وأيد حكم المحكمة الإدارية ، فإنه رفض أيضا أن يتضمن حكمه توجيه تلك الأوامر بقوله ... اعتبار أن هذا الحكم ، الذي بمقتضاه رفض استئناف مدينة باريس ، لا يقتضى أى إجراء من إجراءات التنفيذ ، فإنه نتيجة لذلك تكون طلبات M. et Mme Toudroso مرفوضة ^(١) .

(ب) - الأحكام المالية : jugements pécuniaires :

٤٤ - تعتبر هذه الأحكام مثلا لما يصدر في دعوى الحقوق ، على نحو ما أسلفنا ذكرنا ، وهى أحكام لطبيعتها المحددة تمتاز عما سواها بأنها واضحة يدل منطوقها وأسبابها الجوهرية على مضمونها . ويعكس هذا جميعه بدقة ما يترتب عليها من نتائج الأمر الذى لا يثير صعوبة فى تنفيذها ، ولا يغمض معه غموضا تعطل به الإدارة لعدم امكانية إجراءاته . فالحكم الصادر بالتعويض مثلا يتحدد فيه مبلغ التعويض مقدرا ، حتى فى الحالات التى لا يتحدد فيها المبلغ المحكوم به صراحة ، فإن الحكم يصدر منطوقا على أسس يتم وفقا لها تقديره بشكل لا منازع فيه . إذن هذه الأحكام يفصح مضمونها عن نتائجها وتترك الإدارة من منطوقها ما ينبغى عليها فعله لتنفيذها ^(٢) . ولذا كما

(١) C.E. 6 novembre 1995. ville de Paris c/ M. Mme Toudroso. R.F.D.

Ad. 1996. p.63.

C.E. 4 octobre 1995. M. Servillat. R.F.D. Ad. 1996. p.62.

(٢) WOEHLING (J.M.): Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif selon la loi du 8 février 1995 : propositions pour un mode d'emploi. L.P.A. 24 mai 1995. No: 62 p. 18-19.

يقال انها كافية بذاتها ولا تحتاج إلى أوامر تنفيذية^(١) . إذ كل ما تتطلبه عليه هو التزام يقع على عاتق الإدارة بالوفاء بما حكم به^(٢) .

بيد أنه إذا كانت هذه الأحكام لا يقتضى ، كما ذكرنا ، توجيه أوامر لتنفيذها ، فماذا لو كانت الإدارة سيئة النية فمأطلت أو اتخذت من المهل سبيلا لتعطيل تنفيذها ؟ . فى هذه الحالة لامتدح عن أن تتبع المحكمة المختصة أحد طريقين : إما أن توجه أمرا مجردا الى الإدارة بدفع المبلغ المحكوم به خلال مدة معينة^(٣) . وإما أن توجه هذا الأمر مقرونا بحكم بغرامة تهديدية عن كل يوم تتأخر فيه عن التنفيذ . وحالئذ لا يكون الأمر بكيفية التنفيذ إذ الحكم لا يحتمله كما ذكرنا سلفا ، وإنما بضرورة اجرائه . وغالبا مايؤثر فى التطبيق هذا الأخير باعتباره أكثر ردعا للإدارة ، وأفضل فى مقاومة سوء نيتها ، وأمضى فى القضاء على ممانعتها وتسويقها فى التنفيذ . ولعل المثل الذى يبين أيدينا يوضح ذلك . فبعد أن رفضت محكمة استئناف نانت الإدارية توجيه أمر إلى المستأنف ضدهما ، بناء على طلب المستأنفة Libman على اعتبار أن تنفيذ الحكم المستأنف - وهو حكم بالتعويض - لا يقتضيه ، قضت بإلزام المستأنف ضدهما بدفع مبلغ التعويض المحكوم به من محكمة روان الإدارية خلال شهرين من اعلائها بهذا الحكم ، وبغرامة تهديدية قدرها ٥٠٠ فرنك يوميا عن كل يوم تأخير حتى تنفيذ حكم التعويض^(٤) . مرة أخرى ، وفى حكمها الصادر فى ١٩ ديسمبر ١٩٩٥ ، وجهت محكمة استراسبورج الإدارية أمرا إلى إدارة إقليم Seingbouse بأن تدفع دون تأخير إلى السيدة Fiébig تعويضا قدره ٦٠.٠٠٠ فرنك خلال شهرين من اعلان هذا الحكم ، مع غرامة

(١) MODERNE (F.) : op. cit. p.55.

(٢) T.A. Châlone, 13 février 1996. Chonier. R. Ad. 1996. com. 283.

(٣) GUETTIER (ch.) : Exécution des jugements ... op. cit. p. 105.

(٤) CAA. Nantes: 11 décembre 1996—commune de la croix Saint-Leufroy
et commune d' Alliy. A.J. 1997. p.309. p.280.

قدرها ١٠٠٠ فرنك يوميا في حالة التأخير (١) .

ولافوتنا أن نشير إلى اتجاه جديد في شأن علاقة الأحكام المالية بنظام الأوامر ، يجيز للمحكمة المختصة حال حكمها بالتعويض - وبناء على طلب ذى الشأن ، وإذا كان الضرر المفضى للتعويض ناتجا عن عطل أو تلف فسي إحدى أجهزة المرفق أو وسائله - أن توجه أمرا إلى الإدارة بإصلاح هذا التلف أو العطل أو وقف الأعمال الضارة بوجه عام خلال مدة معينة (٢) . وهذا ما تنص عليه أيضا الفقرة الأولى من المادة ١/٦ من قانون الغرامة بالنسبة لمجلس الدولة . ومن وجهة أخرى إذا كان الضرر المستوجب للحكم به مرجعه إلى تأخر الإدارة في تنفيذ بعض الأعمال أو المشروعات العامة ، فإن للمحكمة حالئذ أن تأمر الإدارة بتنفيذ تلك الأعمال خلال مدة محددة (٣) . إذن فسي تلك الحالة يترأى لنا أن الحكم يحمل التزامين مما يضافى عليه طابعا مختلفا: التزام مالى يتمثل فى التعويض-، وآخر مادى يتمثل فى إزالة الشئ الضار أو اقامة الفعل النافع . والإلتزام الأخير يعد اتجاها قضائيا جديدا ، فى هذا الشأن، إذ كان فيما مضى محظورا على القاضى الإدارى فرضه أو الأمر به ، باعتباره يتخلفا فى عمل الإدارة ، على نحو يخل بمبدأ فصل الهيئات (٤) .

(ج) الأحكام الصادرة بإلغاء القرارات اللاحية :

٤٥ - يمثل تنفيذ هذه الأحكام نقطة بحث هامة فى نطاق نظام الغرامة والأوامر التنفيذية تبعاً. إذ تنثير بطبيعتها تساؤلا جديرا بالنظر عما إذا كان

(١) T.A. Strasbourg: 19 décembre 1995. Mme Marie-Fiebig c/ commune de Seingbouse. R.F.D. Ad. 1996. P. 439.

(٢) CADENAT (P.) : Note sous C.A.A. Nantes 11 décembre 1996 commune de la croix Saint-Leufroy et commune d'Alliy A.J. 1997. p.280.

(٣) T.A. Limoge: 7 décembre 1995. consorts Descat et Callary de Lamaziere c/ Département de la Correnze. R.F.D. Ad. 1996. p.348-349.

C.E. 17 octobre 1980- Barrois. Rec: p. 378.

(٤)

تنفيذها يقتضى توجيه أمر إلى الإدارة لم تنفذ بذاتها دون حاجة إلى ذلك أو إلى التهديد المالى ؟ . والإجابة عن هذا التساؤل تكمن فى التفرقة بين أمرين : الوضع بالنسبة للحكم الصادر بإلغاء اللائحة ، والموقف فيما يتعلق بـالقرارات الفردية المتخذة تطبيقاً لها .

فمن ناحية تنفيذ حكم إلغاء اللائحة ، لا بد أن نعلم أنه حكم تقريرى ، لا ينشأ التزاماً ، ولا يترتب الزاماً بقصد تنفيذه لاسيما وأن اللائحة طائفة من قواعد عامة ومجردة ، لا تنشأ حقوقاً مكتسبة لأحد تقضى إلى الإحتجاج بها قبل الإدارة ^(١) . إذن الحكم الصادر بإلغائها يكفى بذاته لتنفيذه ، وهذا يترتب عليه أمران : أولهما أن تنفيذ هذا الحكم لا يقتضى اتخاذ أى إجراء تنفيذى قبل الإدارة ، إذ يتم تنفيذه تلقائياً ، فحل اللائحة القديمة – أى التى كانت سارية قبل اللائحة الملغاة – محل تلك التى الغيت ، اعمالا لأصل مؤداه أن الغاء نص كفى آخر سابقاً عليه يستتبع سريان هذا الأخير ^(٢) . أما الآخر فمؤداه عدم جواز توجيه أمر إلى الإدارة بضرورة اصدار لائحة جديدة محل اللائحة الملغاة حتى ولو كانت لاتوجد لائحة قديمة .

غير أن هذا الأصل يرد عليه استثناء مفاده أن الإدارة يمكن إجبارها على اصدار لائحة جديدة ، كمقتضى لحكم الإلغاء ، إذا كان اصدارها لازماً لتنفيذ قانون . والقول بغير ذلك معناه الترخيص للإدارة بتعطيل تنفيذ قانون بإرادتها ، وهذا مالا يمكن قبوله ^(٣) . فى هذه الحالة يكون الإجبار بأحد طريقين : الغرامة التهديدية والأوامر التنفيذية . أما عن الإجبار بالغرامة التهديدية فقد طبقه مجلس الدولة فى دعوى أصدر بشأنها حكماً فى ٢٤ يونيو

(١) أ.د. محمد فؤاد عبدالباسط : القانون الإدارى . اسكندرية . دار الفكر الجامعى .

١٩٩٨ . ص : ٧٦٩ .

(٢) C.E. 1e décembre 1997. Caisse primaire d'assurance maladie de la Sarthe. A.J. 1998. p.410.

(٣) TOUVET (L.) et STAHL (J.H.) : Chronique générale de jurisprudence administrative française. A.J. 1995. p.105.

طبقه مجلس الدولة فى دعوى أصدر بشأنها حكما فى ٢٤ يونيه ١٩٩٢ بإلغاء قرار وزير الزراعة الضمنى برفض طلب السيد Soulat باتخاذ الإجراءات اللازمة لإصدار اللائحة التنفيذية لقانون ١١ يناير ١٩٨٤ لتسوية بعض الأوضاع الوظيفية ، ولما كان مقتضى تنفيذ هذا الحكم قيام الحكومة بإصدار لائحة تطبيق هذا القانون ، وأن الحكومة لم تمتثل وتبادر بإصدارها ، فقد قام المجلس وبناء على طلب المدعى ذاته ، بالحكم على الدولة بغرامة تهيديية قدرها ١٠٠٠ فرنك يوميا ، إذا لم تنفذ حكم الإلغاء وتصدر اللائحة خلال شهرين من اعلان هذا الحكم وحتى يتم تنفيذه^(١). ومن جهة الإنجاء إلى نظام الأوامر لإجبارها على إصدار اللائحة فى مثل هذه الحالة نذكر حكما لمجلس الدولة فى هذا الشأن قضى فيه بأن تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء قرار رئيس الوزراء برفض اتخاذ الإجراءات اللائحية لتطبيق قانون يقتضى بالضرورة اتخاذ هذه الإجراءات . ولذا فقد أمر تطبيقا للمادة ١/٦ من قانون الغرامة ، وبناء على طلب ذى الشأن ، وأخذا فى الاعتبار ظروف الدعوى ، الحكومة بإصدار هذه اللائحة فى خلال عام ، غير أنه لم يقرن هذا الأمر بغرامة تهيديية^(٢) . كما وجه أمرا الى رئيس الوزراء - بعد إلغاء قراره برفض رفع المعدل الشهرى للإعانات العائلية لتناسب الإرتفاع فى الأسعار وفقا للتقرير الإقتصادى والمالى الملحق بالقانون المالى لعام ١٩٩٥ ، ووضع المادة ٣٦ من قانون ٢٥ يوليه ١٩٩٤ بشأن الأسرة موضع التطبيق - باتخاذ الإجراءات اللائحية الضرورية لتطبيق المادة ٣٦ من قانون ٢٥ يوليه ١٩٩٤ خلال ثمانية اشهر من اعلانه بهذا الحكم^(٣) .

ومرة أخرى ، وفى الإنجاء المقابل ، يوجه مجلس الدولة أمرا إلى

(١) C.E 11 mars 1994, M. Soulat. A.J. 1994. p.388. Concl. Martine.

(٢) C.E. 26 juillet 1996. Association Lyonnaise de protection des locataires (A.L.P.L). Rec : p.293.

(٣) C.E. 28 mars 1997. union nationale des associations familiales. Rec. p.124. R.E.D.E 1998 – No : 49.p.42.

رئيس الوزراء تنفيذًا للحكم الصادر بإلغاء رفض الإدارة إلغاء نصوص لائحة حكم بعدم مشروعيتها ، لأنها كانت معينة بعيب عدم الإختصاص وكانت تنظم شئون بعض العاملين بوزارة التعليم ، بأن يتخذ الإجراءات اللائحة اللازمة لإلغاء هذه النصوص خلال ستة أشهر من اعلان هذا الحكم مع الحكم بغرامة تهديدية ضد الدولة قدرها ألف فرنك يوميا إذا لم تلغ هذه النصوص خلال تلك المدة ^(١) . غير أن القضاء إذا كان له حق توجيه هذه الأوامر بإصدار أو الغاء لائحة ترتب حقوقا للغير ، فإنه لايجوز له أن يحدد مضمون اللائحة التي يتوجب على الإدارة إصدارها ^(٢) .

ومن ناحية القرارات الفردية المتخذة تطبيقا للائحة حكم بإلغائها ، فهذه من حيث الأصل لاتلغ تلقائيا على اثر الغاء اللائحة الصادرة بناء عليها، وإنما لابد أن يطلب ذو الشأن ذلك وبشرط ألا تكون قد رتب حق للغير ^(٣) . بل وإذا كانت الإدارة تلتزم بإعادة النظر في مثل تلك القرارات إلا أنه لايجوز للقاضي أن يصدر أمرا إليها ، تنفيذًا لحكم الغاء اللائحة ، بسحب جميع الإجراءات والقرارات الصادرة تطبيقا لها . وعلى ذلك أفقئ مجلس الدولة بأنه: إذا كان ينيط بالسلطة الإدارية ترتيب كل نتائج الحكم الصادر بالغاء قرار لائحة ، فإن تنفيذ هذا الحكم لايقضى أن يوجه القاضي ، تأسيسا على المادة ٤/٨ من تقنين المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، أمرا إلى الإدارة بإعادة النظر في القرارات الفردية الصادرة تطبيقا لها . وتأسيسا على ذلك لايجوز له توجيه أمر إليها ببرد ماحصلت عليه من مبالغ بمقتضى قرار لائحة حكم بإلغائه ^(٤) .

C.E. 21 fevrier 1997. Calbo. Rec. p. 1018. (١)

C.E. 21 mai 1997, Dobler. Rec.. p. 1019. (٢)

GUETTIER (ch.) : Exécution des jugement op. cit. p.6. (٣)

C.E. 13 mars 1998 . Mme Vindenogel. Rec.,p. 1018. A.J. 1998. P. (٤)
459-460.

(٣) الأمر باتخاذ إجراء محدد يستلزمه تنفيذ الحكم :

٤٦ - من الأحكام الإدارية ما لا يستأهل تنفيذه أكثر من اتخاذ إجراء بعينه . وهذا الفرض واجبهته الفقرة الثانية من المادة ٢/٨ من التقنين بنصها على أنه إذا كان تنفيذ حكم لمحكمة إدارية أو محكمة استئناف إدارية ، يقتضى أن يتخذ الشخص الاعتبارى العلم أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام ، إجراء محددا ، فإنه يجب عليها ، إذا طلب ذو الشأن ذلك صراحة ، أن تأمر به فى ذات الحكم . ولها - عند الإقتضاء - أن تحدد فى منطوقه كذلك مدة لتنفيذه . وهذا ذات مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١/٦ من قانون الغرامة بالنسبة لمجلس الدولة .

والنص إن كان يعالج بصريحه الأمر باتخاذ إجراء تنفيذى محدد ، فإنه يثير فى مجمله أمورا ثلاثة ، تمثل بجماعها رؤية المشرع فيما يقتضى للحكم به : مفهوم الإجراء المحدد ، مدى سلطة القاضى فى الحكم به ، نطاق سلطة الإدارة فى شأن تطبيقه .

(أ) مفهوم الإجراء المحدد :

٤٧ - لم يرد فى النص ما يشير الى المقصود بالمفهوم المحدد ، ولم ينطو حتى على مجرد دلائل يهتدى بها اليه غير لزوم أن يقتضيه تنفيذ الحكم . ربما كان مرجع ذلك إلى رغبة المشرع فى ألا يسوق من المفاهيم ما تصعب معه مهمة القاضى لاسيما أن وجد عدم اقتضاء التنفيذ له تبعاً للظروف والملازمات المتغيرة التى تتعاصر مع الحكم فى الدعوى ، أو مرده إلى صعوبة ، إن لم يكن استحالة ، صياغة مفهوم منضبط يصلح لسريانه على جميع الأحكام على تنوعها ، وطلبات الخصوم بتعديدها ، فذاك لا يربب أمر يفوق حد الإستطاعة . إذ ليس بمقتور المشرع ، مهما كان قديرا على الأخذ بجوامع الكلم ، أن يبلغ فى نص محدود بمفهوم غير محدد مبلغا يعين المتقاضى على تحديد نطاق طلبه ، وييسر للقاضى سبيل الوصول إلى الحكم به . لذا ترك الأمر للقاضى والمتقاضى ليقدر كلا منهما تبعاً لمقتضى الحال

مايستوجبه تنفيذ الحكم ، المتقاضى بما يورده فى طلبه محققا لرغبته من الحكم . والقاضى بما يضمنه فى حكمه متوافقا مع مقتضى التنفيذ . وفى التطبيق لم تكن هناك صعوبة تذكر أثارها عدم التحديد التشريعى للمفهوم ، والأحكام العديدة التى صدرت فى هذا الشأن ، منذ أول حكم إيجابى صدر فى هذا المجال من مجلس الدولة فى ٢٦ مايو ١٩٩٥ ^(١) . لأصنق دليل على صحة هذا النظر، خاصة فى نطاق دعوى الإلغاء باعتبارها الدعوى التى تحفل أحكامها بغموض بالغ فى تحديد نتائجها ، وما تقتضى من إجراءات لتنفيذها ، سواء انصب الإلغاء على قرارات ايجابية أم سلبية ^(٢) . إذن أن صعب فى أدبيات النص أن نعرّ على مفهوم للإجراء المحدد فلا منتدح عن أن نهتدى إلى معالمه بطريق التمثيل . لنرى أنباء ذلك بداية فى منازعات الوظيفة العامة ، علما بأن الأحكام التى أحصيت فى شأنها كان السواد الأعظم منها يتعلق بإلغاء قرارات صادرة بالفصل ، وكان الإجراء المحدد بشأنها الأمر بإعادة الموظف أو العمل المقضى بإلغاء فصله مع ما يترتب على ذلك من آثار باعتبار الفصل كأن لم يكن منذ صدور قراره ^(٣) . وفى ذات النطاق أيضا قضت محكمة استئناف نانتس الإدارية تأييدا لحكم محكمة Nantes الإدارية بأن الإجراء الذى يستلزمه تنفيذ حكم إلغاء قرار قبول الإستقالة إعادة الموظف إلى ذات وظيفته ^(٤) ، والإجراء المقضى لتنفيذ حكم بإلغاء فصل موظف متعاقد يقتضى إعادته إلى العمل لاستكمال مدة العقد . غير أنه يلاحظ هنا أن المحكمة لاتستطيع ، فى حالة انتهاء العقد قبل الحكم بإلغاء الفصل ، أن توجه أمرا إلى الإدارة بمرئانه إلى

C.E. 26 mai 1995, Enta et ministre de département et Territoires ^(١)
d'Outre-mer. Rec : p. 213. R.D.P. 1996. P. 525. Note: Auby.

WOEHLING (J.M.) : op. cit. P. 20. (٢)

C.E. 16 mars 1996. Guigon. Rec : T. p. 1109. (٣)

C.E. 29 décembre 1995. Kauvadias. Rec : p. 477.

T.A. Rouen : 29 décembre 1995. le comte. R.R.D. Ad. 1996. p.352.

CAA. Nantes: 11 décembre 1996. Centre communal d'action sociale ^(٤)
de Saint-Mathurin- sur – loire. A.J. 1997. p.308.

مدة تزيد عن تلك المتفق عليها ، ولكن يكون لها ، حتى تحقق مقتضيات إعادته إلى عمله التي منها ممارسته لأعماله الوظيفية بصورة فعلية ، أن تمكنه من العمل مدة مقابل المدة التي يقتضيها تنفيذ الحكم ، أي مدة تساوى المدة البينية من صدور قرار الفصل إلى الحكم بإلغائه ^(١) .

وفي مجال آخر كان الإجراء الذي أمرت به المحكمة بتنفيذاً لحكم الغشاء قرار أحد العمد برفض تسليم المحكوم له الوثائق المشروع قانوناً حصوله عليها هو السماح له بالحصول عليها ^(٢) ، وقضت محكمة ليل الإدارية بأن تنفيذ حكم إلغاء قرار رفض أحد العمد ممارسة سلطات الضبط المخولة له قانوناً بضبط بعض المخالفات ، يقتضى توجيه أمر إليه بأدائها وتحرير المحاضر اللازمة لضبط تلك المخالفات ^(٣) . وقضى كذلك بأن الأمر بإعادة طالب فصل من مدرسته يعد إجراء لازماً لتنفيذ الحكم الصادر بإلغاء هذا الفصل ^(٤) . تؤكد تلك الأمثال إذن أن الصفة المطلقة التي تميز هذا المفهوم أنه لا يتحدد بمضمونه، وإنما باعتباره أثراً معاكساً للقرار المحكوم بإلغائه . هذا إلى أنه كما يمكن أن يتجدد من مدة يلزم تنفيذه قبل فواتها ، على نحو ما جاء فيما أوردناه سلفاً ، فإنه يمكن أيضاً للقاضي أن يحدد لتنفيذه أجلاً معلوماً على نحو ما سيرد تبعا .

(ب) نطاق سلطة القاضي :

٤٨ - تمتاز سلطة القاضي بشأن اتخاذ الإجراء المحدد بطبيعة مزدوجة. إذ أنها تمتد طرفاً من السلطة التقديرية ، وآخر من السلطة المقيدة . فالقاضي له سلطة تقدير مضمون الإجراء حين يثير المدعى الأمر بشأنه . فقد رأينا أنه لا يحكم به من تلقاء نفسه ، ولا ينبغي له ، وإنما بناء على طلب أصليا كان أم عارضا . حالئذ يتولى بنفسه مهمة تقدير ما إذا كان الإجراء المطلوب مما يقتضيه التنفيذ من عدمه . فإذا

C.A.A. Nantes: 7 mai 1997, office public d'HLM de la Ville de (١)
Saumur. Rec: p. 1019.

C.E. 12 juillet 1995, Damarch. Rec: p.988. A.J. 1996. p.156. (٢)

TA, Lille : 23 mai 1996, Bonnaure et Simonet. Rec. p. 1110. (٣)

T.A. Paris 4 mai 1995, lauaves. R.F.D. Ad. 1996. p.352. (٤)

تبين له أن التنفيذ لا يستوجب رفض الحكم به . مثل ذلك ماقتضى به مجلس الدولة من أن الغاء قرار الإعتياد إلى الحدود لمخالفته لحق الطاعن في احترام الحياة العائلية - إذا كانت له أسرة مقيمة بفرنسا - لا يقتضى تنفيذه الأمر بتسليمه ترخيص إقامة ^(١) . كما قضى بأن الغاء قرار الإعتياد إلى الحدود لا يقتضى تنفيذه توجيه أمر إلى المحافظ يبحث الطلب المقدم من المحكوم له لحصوله على حق اللجوء السياسى ^(٢) .

فى مثل تلك الحالات لا يكون للقاضى أن يختار الإجراء المناسب، ويأمر الإدارة به ، فذلك مالم يرخص له المشرع به . ولكن على العكس اذا تراءى له أن الإجراء فعلا مما يقتضيه التنفيذ ، فلا مناص من أن يحكم به ، إذ لا حرية له ولا خيار بين الحكم به وعدمه . ولعل هذا ماقصده المشرع حين عبر عن ذلك بصيغة الوجوب ^(٣) . ويبدو أن المشرع أراد بذلك ألا يجعل للقاضى مسن سبيل للإختيار فى هذا الشأن ، حتى لا يطول تردده ، ويحجم بما أعطاه من رخص عن ممارسة هذه السلطة لاسيما وأن الشواهد القضائية السابقة على اصدار هذا القانون تؤكد عدم رغبته فى ممارسة سلطة الأمر . بل إن فرضه على نفسه مبدأ حظر توجيه تلك الأوامر إلى الإدارة يعكس رغبته فى عدم اقتحام هذا المجال لأسباب غير مبررة . فأراد المشرع بالوجوب أن يدفعه إلى ما امتنع عنه بالإختيار دفعا يستوجب ضمان احترام حجية الأحكام الإدارية .

وليكن معلوما من جهة ثانية أن سلطة القاضى فى تقدير مدى اقتضاء تنفيذ الحكم للإجراء المطلوب تتلشى وتحل محلها سلطة مقيدة تفرض عليه الأمر باتخاذ هذا الإجراء حين يوجد نص قانونى يتطلبه . وهذا يحدث فى الحالات التى يوجب عليه القانون أن يتخذ اجراء بذاته لتفادى أثر ترتب على

C.E. 3 novembre 1997, prefet de police c/ Mme Ben Guertouch. (١)

Rec. p.1021.

TA. Paris : 1995, M. Vasile Ciuciu. A.J. 1995. p.651. (٢)

PICARD. (E.) : La loi du 8 février 1995, relative à la procedure (٣)

civile, pénale et administrative: Aspects administratifs. J.C.P. 1995

- 1-3840.

حكم الإلغاء . هنا لا يكون له من دور في بحث مدى تطلب التنفيذ للإجراء المقتضى من عدمه ، إذ القانون تكفل باعتباره لجراء ملزما لذلك ^(١) ، وفي تلك الحالات يقتصر عمل القاضي على تطبيق النص الأمر أمرا بالإجراء الذي يستلزمه ^(٢) . فمثلا المادة ١٣/١٢٢ من قانون المحليات توجب في حالة خلو منصب العمدة لأى من الأسباب يحل في شغله محله أقدم مساعديه . هنا لايملك القاضي حين يطلب منه توجيه أمر الحلول بمقتضى النص أن يخضعه لتقديره ، وأن يبحث ما إذا كان تنفيذ الحكم الذي ترتب عليه خلو منصب أحد العمد ، يستلزمه من عدمه ، فهو ملتزم باتخاذ هذا الأمر بحكم القانون . وأمره هنا لايعود أن يكون تطبيقا لنص القانون ^(٣) . ومن هنا قضى مجلس الدولة بأن الغاءقرار المحافظ بقبول سحب أحد العمد استتالته يقتضى بقوة القانون أن يحل محله أقدم مساعديه ، ولذا فإن الأمر بحلول هذا الأخير محله يعد لجراء يقتضيه تنفيذ هذا الحكم ^(٤) .

وعلى الرغم من ذلك جميعه فإن المشرع لم ينزع من القاضي على الإطلاق سلطة التقدير ، وإنما ترك له فرصة ممارستها في مجالات ثلاثة : الأول ماذكرنا سلفا ، والأخر يتعلق بالإقتران بين الأمر والغرامة التهديدية كما سنرى لاحقا . والأخير أن يحدد إذا اقتضى الحال ، مدة لتنفيذ الإجراء خلالها ولذلك نراه في بعض الأحكام لايقرن بالإجراء بمدة ، فيصدره متجردا منها ، كما سلف وتبين لنا . وثارة أخرى يبرمه بها ، وحالئذ يتوجب تمام تنفيذه خلالها . وهو يفاضل بين هذا وذلك معددا بضرورة هذا التأقيت تبعا لمقتضى

AUBY (J.M.) : note sous C.E. 26 mai 1995, Enta et autre. R.D.P. ^(١) 1995. p.233.

SCANVIE (F.): Conclusion sur C.E. 26 mai 1995, Enta et autre. A.J. ^(٢) 1995. p. 505.

DRTUS (D). note sous C.E. 26 mai 1995. Etna et autre. D. 1995. ^(٣) p.497.

C.E. 26 mai 1995. Etna et autre. Rec : p.213 A.J. 1995. P. 505. ^(٤)
Concl. Scanvie.

الحال ، وظروف الدعوى . بل إن أثر الضرورة هنا لا يتوقف عند حد تقدير مدى التلازم بين الإجراء والمدة ، وإنما يتعداه إلى تحديد مقدار هذه المدة . إذن حين يلمس القاضي من ظروف الدعوى وحال المدعى وجها للإسراع فى التنفيذ يضرب له أجلا محددا ، كما يتطلب النص ، وقصره أو طوله بعد ذلك يعود إلى مدى لزومه . فمثلا تيسير وصول المعوقين إلى الأماكن العامة أو تلك المفتوحة للجمهور اقتضى توجيه أمر إلى إدارة الإقليم بالقيام بالتجهيزات اللازمة فى الطرق المؤدية إليها خلال ستة أشهر من اعلانها بالحكم الصادر بإلغاء رفضها القيام بتلك الأعمال ^(١) . وضرورة الإسراع بالتحاق طالس بمدرسه حتى يعجزه طول مدة انقطاعه عنها عن عدم مواصلة دروسه ، اقتضى أن يوجه القاضي أمرا إلى إدارة مدرسته بقبول إعادته إليها خلال ثمانية أيام من اعلان حكمه بإلغاء قرار فصله ^(٢) . واستلزمت ضرورة الا يطول انقطاع السيد Hocini عن ممارسة نشاطه التجارى بفرنسا توجيه أمر إلى محافظ Rhône بتسليمه تصريح الإقامة طويلة الأجل - لمدة عشر سنوات - خلال شهر من اعلانه بالحكم الصادر بإلغاء قراره برفض الموافقة على ذلك، مالم يكن قد وقع منه خلال هذه الفترة ما يستوجب قانونا عدم منحه هذا الترخيص ^(٣)

كما أن اعتبارات الحفاظ على نقاء ملف خدمة أحد العسكريين ، أفضت بمجلس الدولة إلى توجيه أمر إلى وزير الدفاع ، بمحو وشطب جزاء اللوم الذى وقع ضده ، من ملف خدمته ، وذلك خلال شهر من اعلان هذا الحكم باعتباره اجراء ضروريا لتنفيذ الحكم الصادر بإلغاء هذا الجزاء ^(٤) . بل ضرورة الحفاظ على الإعتبارات العائلية والاستقرار الأسرى - وفقا للمادة ٨ من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية - أن يمنح مدير بوليس باريس

TA. Versailles, 22 octobre 1996. Charbonéaux. Rec : p.645. (١)

TA. Lille : 13 avril 1995. Ali Mabchour. Rec. p.129. (٢)

TA . Lyon : 7 février 1996. Sadi Hocini. K.F.D. Ad. 1996. p.351. (٣)

C.E 1e octobre 1997. Deuron. Rec. T.P. 1019. (٤)

الطاعة - مالم يكن قد حدث منها ما يستوجب الرفض قبل صدور هذا الحكم - ترخيص اقامه خلال ثلاثين يوما من اعلانه بالحكم الصادر بإلغاء قراره بطردها واقتيادها إلى الحدود الفرنسية^(١) . بل إن قرب موعد بداية العام الجامعي أفضت إلى أن يوجه في حكمه بإلغاء قرار رئيس جامعة رن برفض تسجيل أحد طلاب السنة الأولى لدبلوم الدراسات الجامعية العامة لعلوم وفنون الأنشطة البدنية والرياضية ، بتسجيل اسمه فيها خلال ثمانية أيام من اعلان رئيس الجامعة بهذا الحكم^(٢) . بل إن اعتبارات الحرص على مصدر إعاشته أفضت بالقاضى إلى أن يأمر بإعادة عامل إلى عمله خلال شهر من اعلان الإدارة بالحكم الصادر بإلغاء فسخ عقد عمله معها^(٣) . إذن تحديد مدة تنفيذ الإجراء لاتعدو أن تكون مظهرا لسلطة القاضى التقديرية له ، رفض الحكم بها عند طلبها ، كما أن له أن تخفيض مقدارها عن الحد الذى طلبه الطاعن فى دعواه . من ذلك أن المدعى أورد ضمن طلباته توجيه أمر إلى الإدارة بدفع المبلغ المحكوم لصالحه عليها خلال شهر . واستجاب القاضى استجاب لطلبه . ولكنه أمرها بالدفع خلال ثلاثة أشهر^(٤) .

(ج) نطق سلطة الإدارة فى تطبيق الإجراء :

٤٩ - إذا كانت سلطة القاضى فى الحكم بالإجراء الذى يقتضيه تنفيذ حكمه مقيدة ، فإن منطق الأشياء يفضى إلى أن الإدارة سلطتها فى تنفيذه مقيدة

T.A. Paris. 10 novembre 1995. Mlle Gouzeniane. R.F.D. Ad. 1996. (١)
p. 352.

T.A. Paris. 9 février 1996. Mme Canoa Figueredo. R.E.D. Ad. 1996.
p.352.

T.A. Rennes. 28 septembre 1995 – Mlle Nathalie Jehan et autres. (٢)
Rec. p. 984.

TA. Strasbourg 7 décembre 1995 – Remy. R.F.D. Ad. 1996. p. 352. (٣)

T.A. Châlms-en- champagne 13 février 1996. Mme Chomier. (٤)
Rec. .P. 1110.

أيضا ^(١) . وإلا كان عبثا أن يحزم المشرع أمره ، فيفرض على القاضى اتخاذ هذا الإجراء ، ثم تترخص الإدارة فى الإلتزام به ، فتتفذه إن شأعت ، أو تعرض عنه ، ويستبدل به غيره إن أبت .

إن الإدارة لاثمك فكاكا من اتخاذ الإجراء الذى حدده القاضى . هذا الذى يفرضه عليها بموجب أمرين : الحكم بوجه عام بما له من حجية الأمر المقضى به ، والأمر بما يفرضه من التصرف بشكل محدد ^(٢) . وإذا كانت السلطة المقيدة للإدارة هنا تجد مصدرها فى حكم القاضى ^(٣) ، فإنها أيضا تستقر فى بعض الأحيان على صريح القانون ، فى هذه الحالة يكون فرض التصرف فى اتجاه بعينه واردا من النص ، فيكون هذا الأخير لاحكم القاضى مصدر تقييد السلطة . إذ لا يعدو دور القاضى أن يكون مطبقا ومفسرا له ولا يتعدى أمره حالئذ أن يكون سبيلا لتفعيل المبادرة فى أعمال النص . كما ذكرنا سلفا ، فهو لا يبحث مدى اعتبار الإجراء ضروريا لتنفيذ حكمه من عدمه ؛ لأن النص للقانونى فرض عليه اعتباره كذلك ، فأوجب عليه اتخاذه . فمثلا كفل المشرع فى قانون ١٧ يولييه ١٩٧٨ بمقتضى المادة الأولى من قانون ١٧ يولييه ١٩٧٨ بشأن إصلاح العلاقة بين المواطن والإدارة . لكل شخص الحق فى الحصول على المعلومات والوثائق الإدارية باستثناءات محدودة منها الوثائق الطبية والإسمية ، فإذا رفضت الإدارة فى غير هذه الحالات تقديم الوثائق المطلوبة لمن يطلبها ، وطعن فى قرارها السلبى بالإلغاء . حالئذ لا يكون أمام القاضى إذا ألغى قرار الرفض إلا أن يأمر بتقديم هذه الوثائق متى طلب منه ذلك . حالئذ تكون الإدارة ملزمة بتقديمها للمحكوم لصالحه لا بموجب الحكم فحسب ، وإنما أيضا بصريح القانون ^(٤)

WOEHLING (J.M.) : op. cit. p.20 .

(١)

MODERNE (F.) : op. cit. p.56.

(٢)

CHABANOL (D.) : op. cit. p.393.

(٣)

GOURDOU (J.) : op. cit. p. 337.

(٤)

(٤) الأمر باتخاذ قرار آخر بعد تحقيق جديد :

٥٠ - وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢/٨ من تقنين المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية إذا اقتضى تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الإدارية أو محكمة الإستئناف الإدارية أن يتخذ الشخص الإدارى العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام ، قرارا آخر يلزم لاتخاذ تحقيق جديد ، فإنه يجب على ذات المحكمة ، وبناء على طلب صريح بذلك من ذى الشأن ، أن تسأمر فى ذات الحكم بضرورة اتخاذ هذا القرار خلال مدة محددة . وهو ذاته ما انتص عليه المادة ١/٦ من قانون الغرامة التهديدية بالنسبة للأحكام الصادرة من مجلس الدولة .

ويتبدى من النص أن الأوامر التى تصدر وفقا له تواجه حالات تختلف فى طبيعتها عن الحالات التى ولجها النص ذاته فى فقرته الأولى . بل إن الأمر ذاته هنا يتميز عن سابقه بأنه لايحقق بغية الطاعن من دعواه . هذا إلى أن دور القاضى بشأنها يضيق ، وسلطة الإدارة فى رحابها تتسع : وبين حالات الإلتطابق ، وهذا الضيق والسعة ترتسم معالم تطبيق النص ، وتتجلى ضوابط أعماله .

(أ) حالات التطبيق :

٥١ - يواجه النص حالات لا يقتضى فيها تنفيذ الحكم اتخاذ اجراء بعينه تتحسم به المنازعة . ويتحقق من خلاله مقصود الطاعن من دعواه ، وإنما يلزم فيها رجوعه الى الإدارة تارة أخرى لتعيد على ضوء الظروف القانونية والواقعية الآنية فحص الأوراق من جديد وتصدر قرارا يعكس موقفها فى ضوء تلك الظروف . من ذلك حكم الغاء قرار رفض الموافقة أو الترخيص ، بحكمه الأصل الإجرائى الذى يفضى بأن الغاء الموافقة أو الرفض لايعنى قبولا أو ترخيصا ^(١) . وإنما جل أثره إيكال الأمر فى شأنه إلى الإدارة مرة أخرى

لبحث مسألة منح أو منع الموافقة أو الترخيص في ضوء الظروف الواقعية والقانونية التي أحاطت بطلب الحصول عليه منذ صدور قرار الرفض الملغى وحتى صدور قرارها الجديد اللاحق قطعاً لحكم الإلغاء^(١). وهذا في حقيقته يرجع إلى سببين : أولهما أن الإلغاء قد يكون مرده إلى أسباب لا تمس مضمون قرار الرفض ، ولاتمت بصلته إلى ما تطوى عليه محله من حيث أحقية الطاعن في طلبه من عدمه ، وإنما مرجعه إلى عيوب خارجية في الشكل أو الإجراءات أو الاختصاص . وهنا لا يعقل أن يعتبر الغاء الرفض بمثابة قبول أو ترخيص لما قد يترتب على ذلك من أثر ممارسة شخص لنشاط لا تتوفر فيه شروط ممارسته ، أو التمتع بحق ليس أهلاً للتمتع به . وعلى فرض أن الإلغاء يعود إلى أسباب تهم أصل الحق بقررها القاضي، وخضعت حال فصله في المنازعة لرقابته ، فالفي قرار الرفض تأسيساً عليها ، فإن هذا أيضاً لا يبرر خروجاً على هذا الأصل . إذ قد يكون حدث تغيير في المركز القانوني أو الواقعي للطاعن ، أو ما يقدح في صلاحيته للحصول على الموافقة أو الترخيص ما بين صدور قرار الرفض ، وصدر الحكم فيها تحول دون حصوله عليه قانوناً . ولذلك قضى مجلس الدولة بأن الغاء رفض منح الطلعن ترخيص إقامة لا يعني أن يسلمه المحافظ الترخيص المطلوب ، وإنما يكون من مقتضاه أن يعيد هذا الأخير فحص طلب المحكوم لصالحه ليقرر على ضوء الظروف المستجدة مدى أحقيته في الحصول عليه . ومن هنا لا يقتضي تنفيذ هذا الحكم توجيه أمر إلى المحافظ بتسليم المحكوم لصالحه ترخيص بالإقامة^(٢) كما قضت محكمة استئناف ليون الإدارية بأن الأمر الذي ينبغي أن يكون مطلوباً لتنفيذ حكم بإلغاء رفض ترخيص بناء هو أن تعيد الإدارة بحث طلب الحصول على هذا الترخيص في حدود حكم الإلغاء ، وليس قيامها بمنح

(١) C.E. 18 février 1994, Syndicat des pharmaciens du puy-de-Dôme et autre. Rec : p. 89.

(٢) C.E. 18 octobre 1995. Ministre de l'intérieur c/ Epoux Reghis. Rec. P. 989.

الطاعن هذا الترخيص^(١) . وتردد محكمة ليل الإدارية ذات المعنى فتقضى بأن الغاء رفض تجديد ترخيص اقامة أجنبي لا يقتضى توجيه أمر إلى الإدارة بشأن تسلم للطاعن الترخيص المطلوب^(٢) .

غير أن في إحالة المحكوم لصالحه تارة أخرى إلى الإدارة لنقرر مآثره بشأنه عننا أو تعميرا عليه . إذ قد نضع العراقيل أمامه نكاية لمخاصمتها أمام القضاء ، أو لغير ذلك من الأسباب . فتماطل في فحص الأوراق أو منح الترخيص المطلوب بعد ثبوت أحقيته قانونا في الحصول عليه ، فيعود مرة ثانية إلى القضاء طاعنا من جديد في امتناعها أو قرارها السلبي ، ويدور فى حلقة مفرغة ، من طعن لآخر إلى حد غير معلوم المدى . لذا واجه القضاء الإدارى - بحلول تمثل استثناء على الأصل السابق ، وتعد استثناء أيضا على قاعدة وجوب تقدير مشروعية القرار وقت صدوره . ولكنه استثناء تدفع إليه اعتبارات انسانية أولى بالرعاية - بأحد أمرين : أولهما أن تجرى المحكمة التى تفصل فى الدعوى تحقيقا اضافيا تبين على هديه إذا كان قد حدث تغييرا أو تحولاً فى مركز الطاعن منذ رفع الدعوى حول دون حصوله على الترخيص من عدمه ، فإذا تبين لها وجود هذا التغيير إحالته الى الإدارة تبعاً للأصل ، والا توجه فى حكمها بالإلغاء أمرا الى الإدارة بضرورة تسليم الترخيص المطلوب . وهذا مايؤيده البعض نظرا لأنه يحقق مبدأ اقتصاد الإجراءات^(٣) . وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة بأن الغاء قرار رفض طلب حصول الطاعن على ترخيص اقامة لمخالفته للمادة ٨ من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، وإن كان لايعنى حصوله عليه ، إلا أنه وقد ثبت من التحقيق الإضافى الذى أجرى ، بأنه لم يحدث تغيير فى مركز الطاعن القانونى أو الواقعى منذ صدور

TAA Lyon : 8 octobre 1996. Ministre de l'équipement, des transports^(١)
et du Tourisme c/ Mme Laffont. Rec., p.606

T.A. Lille : 24 octobre 1995. El Jarroudi. Rec. p.989. (٢)

RAYNAUD (F.) et FOMBUR (P.) : chronique générale de (٣)
jurisprudence administrative française. A.J. 1999. p.554.

القرار الملقى ، فإن تنفيذ حكم الغاء الرفض يقتضى توجيه الأمر إلى الإدارة بتسليمه الترخيص أو التأشيرة المطلوبة^(١) أما الآخر أن توجه الأمر بتسليمه الترخيص المطلوب ولكن بشرط عدم حدوث تغيير في مركز الطاعن يفرض إلى منع حصوله عليه . فقد قضى بأن إلغاء قرار الرفض يقتضى فى حالة عدم حدوث تغيير فى ظروف الطاعن ، مع توجيه أمر إلى الإدارة بمنحه الموافقة المطلوبة^(٢) كما قضى بأن الحكم بإلغاء سحب ترخيص الإقامة - والسحب يتساوى مع الرفض فى الأثر وإن اختلف معه فى الطبيعة فكلاهما موقف لممارسة الحق - يقتضى الأمر بإعادته إلى صاحب الشأن بشرط ألا يكون قد وقع منه ما يفقده حق الحصول عليه قانونا ، وأن يكون ساريا من حيث المدة^(٣) . كما قضى بأن تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء رفض الإذن الغاء قرار الطرد ، يقتضى توجيه أمر إلى وزير الداخلية بإلغاء هذا القرار ، طالما لم يحدث تغيير فى الظروف اللاحقة على قراره برفض الإلغاء ، خلال شهر من اعلانه بهذا الحكم^(٤) . ولعل هذين الأمرين يتضح بهما لما إتجاه القضائى بشأن الغاء قرارات الرفض غير متوحد ، إذ على خلاف الأصل الذى يفرض بأن هذا الإلغاء يفرض على الإدارة أن تعيد فحص الطلب من جديد تبعا للظروف المعاصرة ، نراه فى بعض حالات الرفض يوجه أمرا إلى الإدارة باتخاذ إجراء محدد ، فيتردد فى شأنها بين تطبيق الفقرة الأولى والثانية من المادة ٢١٨ من النقتين^(٥) وفى ضوء هذين الأمرين لا يمكن أن ينسب إليه ترددا حقيقيا

C.E. 4 juillet 1997 – Epoux Bourezak. Rec. p.278. R.E.D.C.E. 1998.(١)

No. 149. P. 43.

T.A. Lyon : 14 mars 1997. Mlle Trofin Rec. .P. 1021. (٢)

CAA. Lyon : 4 décembre 1997. Frogh. Rec : T.P. 1021. (٣)

CAA Paris: 23 janvier 1997 .Ministre de l'intérieur c/ Hamlaoui. (٤)

Rec. .P. 1020. A.J. 1997. p.303 – note: Spity. p.278.

MAUGUE (ch.): conclusions sur C.E. 26 juillet 1996. Association(٥)

Lyonnaise de protection des locataires. (A.L.P.L.). R.F.D. Ad. 1996.

p. 737.

في الموقف ، وإنما هو حسن إعمال منه للسلطة المخولة إليه بمقتضى هذا النص . وفيما سيأتى سيتضح الأمر في هذا الشأن أكثر .

(ب) دور القاضي :

٥٢ - يتردد هذا الدور بين تقدير وتقييد . فمن ناحية تكمن مظاهر التقدير في مهمته في أمرين : أولهما تقدير ما إذا كان تنفيذ الحكم يقتضى بالفعل إصدار قرار جديد لا يمكن صدوره إلا بعد تحقيق آخر من عدمه . فإذا تبين له ذلك أمر به ، وإلا رفض الطلب برمته إذ ليس له في هذه الحالة بحكم النص أن يأمر باتخاذ إجراء محدد طالما لم يطلب منه ذو الشأن ذلك ، ولو احتياطياً . فهو لا يستطيع الحلول محل الطاعن في تعديل طلباته أو الحكم بغير ماطلبه . كما أنه إذا رأى له أن تنفيذ الحكم يقتضى اتخاذ قرار آخر يلزم لإصداره تحقيق جديد ، فإنه يرفض طلب الطاعن إذا كان مقصوراً على أن يوجه أمراً باتخاذ إجراء محدد^(١).

أما دلائل التقييد في سلطة القاضي ، فتبدو في أنه إذا ثبت من أن التنفيذ يستوجب بالفعل إصدار قرار أمر فلا بد أن يوجه أمراً إلى الإدارة بضرورة إجراء التحقيق وإصدار هذا القرار خلال مدة معينة^(٢) . ويكون له اختصاص تقديرى أيضاً في تحديد المدى الزمني لتلك المدة ، وهنا لابد أن يأمر بصدور القرار الجديد خلالها . وإذا قضى بأن تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء قرار يرفض منح الطاعن شهادة تخطيط عمراني يقتضى توجيه أمر إلى المدة بأن يجرى تحقيقاً جديداً لطلب الطاعن بحصوله عليها ، بقصد إصدار قرار بتسليمه الشهادة المطلوبة خلال شهر من اعلانه بهذا الحكم^(٣) . ولعل هذا مانعاً البعض بقوله أن القاضي ليس له في الحالات التي يرى لزوم إصدار قرار جديد يستوجب تنفيذ حكمه إلا أن يأمر بإجراء التحقيق وإصدار قرار بناء عليه خلال مدة معينة ، وفيما عدا ذلك له سلطة تقدير هذه المدة^(١) . وربما لا يكون

C.AA Paris : 30 Janvier 1997. M.Fung. A.J. 1997. P. 302. (١)

WOEHRING (J.M): op. cit. p.20. (٢)

CAA Nantes : 11 décembre 1996. M Thomas A.J. 1997. P. 30. (٣)

مدة معينة ، وفيما عدا ذلك له سلطة تقدير هذه المدة ^(١) . وربما لا يكون هذا مرضيا لقناعة الطاعن ، اذ هو يرجو أن يمكن له القاضى بحكمه ممارسة نشاطه أو التمتع المباشر بحق مرفوض الترخيص به . ولكنه على الأقل ، بالحكم الذى يصدره القاضى بضرورة صدور القرار الجديـد خلال مدة معينة ينشأ له حق مكتسب فى حدود هذا القرار فى أجل محدد ^(٢) .

(ج) نطاق سلطة الإدارة :

٥٣ - يتسع مدى هذه السلطة فى تلك الحالة عن السابقة عليها . إذ القاضى لا يأمر باتخاذ اجراء تلزم به ذاته ، وإنما يترك لها مجالاً واسعاً فى اختيار مضمون القرار الذى ستصدره ، وكل ما تنقيد به هو اتخاذ هذا القرار خلال المدة التى حددها فى حكمه ^(٣) . ولكن هل يمكن أن تتخذ الإدارة بعد تحقيقها لطلب المحكوم لصالحه ذات قرارها بالرفض ؟ . لاشك أنه يترتب على ما للإدارة من سلطة تقدير مضمون قرارها تطبيقاً لتلك الحالة أنه يجوز لها ذلك . ولكن بشرطين : ألا يكون قرارها الجديد معيباً بذات العيب الذى الغى قرارها السابق لأجله وإلا انتهكت حجية الشئ المقضى به . والآخر أن يكون قد توافر لديها أثناء التحقيق الذى أجرته من الأسباب الواقعية أو القانونية ما يستوجب أن تصدر من جديد قراراً بالرفض أو على الأقل قراراً له ذات طبيعة وأثر قرارها السابق .

ثالثاً : لا بد أن يقدر القاضى أن تنفيذ الأوامر يستوجب الحكم بالغرامة - احالة :

٥٤ - إذا كان القاضى ملزماً باتخاذ اجراء محدد أو الأمر بإصدار قرار بعد تحقيق جديد خلال أجل يقدره ، فإنه غير ملزم . وفى جميع

HUGLO (Ch.) et Le PAGE (L.) op. cit. 14. (١)

LAROUQUE (M.): conclusion sur C.E 8 juin 1990, Mme Rougerie. (٢)

R.F.D. Ad. 1990. p.331.

GUETTIER (ch.) op cit. p. 15 (٣)

الأحوال ، بأن يقضى بغرامة تهديدية توقع حال عدم تنفيذ أو تأخير الإدارة في تنفيذ أوامره التنفيذية^(١) .

وقراءة للنصوص المنظمة للأوامر السابقة على الحكم أو تلك اللاحقة له تؤكد هذا النظر . فالمادة ٣/٨ من تقنين المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، جاءت بحكم في ذلك بخصوص الأوامر السابقة ، إذ نصت على أنه يكون للمحكمة الإدارية أومحكمة الإستئناف الإدارية ، إذا طلب منها ذلك ، أن تقرر الأمر الذي اتخذته تطبيقا للمادة ٢/٨ من التقنين ، حكما بغرامة تهديدية ، تحدد تاريخ ترتيب أثرها . وبشأن الأوامر الصادرة من مجلس الدولة تضمنت المادة ١/٦ من قانون الغرامة التهديدية نفس الحكم .

أما بخصوص الأوامر اللاحقة لصدر الحكم فقد عالجت ارتباطها بالغرامة التهديدية المادة ٤/٨ في فقرتها الثالثة التي وفقا لها إذا طلب المحكوم لصالحه من المحكمة كفالة تنفيذ الحكم الذي أصدرته ، فإنه يكون لها تحديد الإجراءات اللازمة لتنفيذه والمدة التي يتم التنفيذ خلالها ، كما يمكنها الحكم بغرامة تهديدية لكفالة هذا التنفيذ . وأول ماينجلي من تلك النصوص خلاف ماذكرنا بشأن سلطة القاضي التقديرية في نطاقها أنه لايسطيع الحكم بالغرامة هنا من تلقاء نفسه ، وإنما لابد أن يطلب ذور الشأن منه ذلك ، باستثناء الوضع بالنسبة لمجلس الدولة لاسيما بخصوص أوامره اللاحقة لصدر الحكم . إذ يستطع بحكم المادة الثانية من قانون الغرامة التهديدية أن يحكم مباشرة بها لكفالة تنفيذ تلك الأوامر .

ومن جهة ثانية تعد الغرامة اجراء عام التطبيق بالنسبة لتلك الأوامر إذ تسرى عليها جميعا . ولايقصر على نوع منها فحسب . ولكن إذا كان لاثريب عليه إذا طلب منه ذلك فرفضه ، فإن ندرة التطبيقات القضائية في هذا الشأن - نظرا لحدائة هذا النظام - لاتسعف لاستنتاج معيار منضبط يمكن على هديه

J.M.W: observations sous T.A. strasbourg. 23 mai 1996. Sté
Waste-Strobel GmbH c/ Prefet de la Moselle. A.J. 1996. p.944.

(١)

تبين لما في بعض الحالات يقبل الحكم فيها بغرامة تهديدية^(١) . ومما زاد في بعضها الآخر يرفض ذلك^(٢) كل ما هنالك انه يبني ظاهرياً من هذه الحالات أن الحكم بالغرامة يرتبط بظروف كل دعوى . ومدى وجه الإسعجال في تنفيذ الحكم الصادر فيها . وغير ذلك من نظام وإجراءات تتعلق بالغرامة التهديدية في هذا النطاق نرجئ الحديث فيه الى منسأى لاحقاً .

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بالحكم المرتبط بأوامر تنفيذية

تمهيد وتحديد :

٥٥ - فضلاً عما ذكرنا من شروط يجب توافرها في الحكم لكي تكفل الغرامة التهديدية تنفيذه ، هناك بعض الشروط الخاصة التي تتطلب حال ارتباطه بأوامر تنفيذية ، سواء كان هذا الارتباط سابقاً على صدوره ، أم لاحقاً له . أورد المشرع بعضها في المولد ٢/٨ ، ٣/٨ ، ٤/٨ من تقنين المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية فيما يخص الأحكام الصادرة عنها ، والمادة ١/٦ من قانون الغرامة التهديدية فيما يتعلق بالأحكام الصادرة عن

(١) C.E. 26 juillet 1996. (A.L. P.L.) - R.F.D. Ad. 1996. p. 776.

T.A. Nante : 11 avril 1996. compagnie des transports de l'Atlantiques. Rec p. 634.

T.A. Paris : 30 octobre 1995. Mme Ben Guertouh. R.F.D. Ad. 1996. P. 346.

C.E. 29 décembre 1995. Kauvadias. R.F.D. Ad. 1996. p. 64. (٢)

TA. Remmes: 29 Janvier 1996 M. Aymerci Luquet de Saint Germain. R.F.D.Ad. 1996. p. 350.

TA.. Paris 4 mai 1995. Lavauro. R.F.D. Ad 1996. p. 352.

TA Lyon 19 oct 1995 Mlle André R.F.D Ad. 1996. p 352

مجلس الدولة . وكشفت عن البعض الآخر التطبيقات القضائية التي عكست رؤية تلك المحاكم بشأن أعمال هذه النصوص .

واهتمام بذلك جميعه ، يمكن تقسيم هذه الشروط تبعا للفرقة التي اقامها المشرع في هذا الشأن إلى نوعين : الشروط المتعلقة بأحكام المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، والشروط الخاصة بالأحكام الصادرة عن مجلس الدولة .

أولا: الشروط المتعلقة بأحكام المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية

٥٦ - يمكن تصنيف هذه الشروط الى صنفين ، مرجع التفرقة بينهما طبيعة كل منهما : شروط موضوعية وشروط اجرائية .

(١) الشروط الموضوعية :

٥٧ - حددت النصوص السابقة نطاق انطباقها ، فلم يشأ المشرع أن يسلك طريق التعميم ، فتضيق الحدود الفاصلة بين ماينطبق عليه نظام الأوامر ، وما لاينطبق كما حدث بالنسبة للمادة الثانية من قانون الغرامة . ولذا قصر تطبيقه على ما يصدق عليه وصف الحكم مما يصدر عن تلك المحاكم ، سواء كان حكما لمحكمة إدارية jugement أو لمحكمة استئناف إدارية arrêt^(١) . ويرتّب على ذلك نتيجة هامة أنه لا يمكن لتلك المحاكم أن توجه أمرا إلى الإدارة مجردا كان أم مقرونا بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ ما تصدره من أوامر على عرائض ، أو أخرى تحفظية ، أو أوامر تحقيق عادية ... أو بوجه علم ما ينحصر عنه وصف الحكم^(٢) .

ومن جهة أخرى ينبغي أن يكون الحكم من أحكام الإلزام يستوى في هذا الشأن أن يكون حكما موضوعيا أي فصل في موضوع النزاع - على نحو ما عرضنا في الأمثلة السابقة - أم حكما مستعجلا أو وقتيا كالحكم الصادر

C.E 3 novembre 1997. préfet de police Rec.. p. 1020. (١)

TA: Chalme. 18 février 1997. M. Chaunax .E.D.C.E. 1998. No. (٢)

48. p.212.

باستمرار صرف مرتب الموظف الموقوف عن العمل ريثم يعفّض في مشروعية قرار وقفه ، والحكم الصادر بوقف تنفيذ قرار إداري مطعون عليه بالإلغاء . وفي التكليل على ذلك قالت محكمة استئناف بنزيس الإدارية أنه ليس في المادة ٢/٨ ، ولا في المادة ٣/٨ من تقنين المحاكم الإدارية أو محاكم الاستئناف الإدارية ، التي تعترف كلا منهما للمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية بسلطة توجيه أوامر مقترنة بغرامة تهديدية بقصد تنفيذ حكم صادر منها ، مايمكن أن يفهم منه أن ذلك يكون مقصورا على الأحكام الموضوعية الصادرة عنها . وهذا مؤداه أنه يجوز لتلك المحاكم أن توجه أمرا إلى الإدارة باتخاذ اجراء يقتضيه تنفيذ الحكم الصادر بوقف تنفيذ قرار إداري . ومن هنا فإن الحكم بوقف تنفيذ قرار رفض منح ترخيص إقامة يقتضى توجيه أمر إلى الإدارة بفتح صاحب الشأن ترخيص مؤقت حتى تنتهي محكمة الموضوع من الفصل في مشروعية قرار الرفض ^(١) . كما قضت محكمة ليون الإدارية بأن تنفيذ الحكم الصادر بوقف تنفيذ قرار طرد الطاعن ، يقتضى توجيه أمر إلى المحافظ بأن يسلمه ترخيصا مؤقتا بالإقامة ، وذلك من وقت اعلانه بالحكم الصادر بوقف التنفيذ ^(٢) . بل ويطبق القضاء على أحكام الوقف ذات مابجريه على الأحكام الموضوعية ، إذ يرفض توجيه أمر إلى الإدارة بشأن تنفيذها إذا تبين له أن الإجراء المطلوب لا يقتضيه هذا التنفيذ ^(٣) ، أو أن تنفيذ حكم الوقف لا يقتضى اتخاذ اجراء محدد ^(٤) .

(٢) الشروط الإجرائية :

٥٨ - تجلت رغبة المشرع في أن تتولى كل محكمة من محاكم القضاء

(١) C.A.A. Paris : 8 octobre 1996 – Prefet de police. Rec: p. 604.

(٢) T.A. Lyon: 6 mars 1996. M. chebira. Rec. p. 125.

(٣) C.A.A. Nantes 28 mars 1996. Association Manche Nature. Rec : P. 1108.

(٤) C.A.A. Nantes. 26 juin 1996– District de l'agglomeration nantaise. Rec P 1108

الإدارى كعالة تنفيذ أحكامها في نطلب أن يكون الحكم صادرا عن ذات المحكمة التى بوجه أمرا أو تقضى بغرامة تهديدية بقصد ضمان تنفيذه . ويترتب على ذلك أنه لايجوز لغير المحكمة مصدرة الحكم أن تقوم بتلك الإجراءات لضمان تنفيذه . كما لايجوز لها أن تتخذ تلك الإجراءات لكفالة تنفيذ الأحكام الصادرة عن محكمة أو جهة قضائية أخرى ^(١) . بل ولايجوز حتى لمجلس الدولة أن يختص بالفصل فى طلبات تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية أو محاكم الاستئناف الإدارية ^(٢) ، اللهم إلا إذا أحالت إليه تلك المحاكم هذه الطلبات للفصل فيها اعمالا لنص الفقرة الخامسة من المادة ٤/٨ من التقنين التى أجازت لتلك المحاكم أن تحيل اليه طلبات تنفيذ أحكامها .

ومن جهة أخرى إذا كان لايجوز لمحاكم القضاء الإدارى أن تتدخل لكفالة تنفيذ أحكامها بنظامى الأوامر والغرامة التهديدية ، فإنه لايجوز لها مطلقا أن توجه أوامر مجردة أو مقترنة بغرامة تهديدية لتنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء العادى . ولعل هذا ماغناه مجلس الدولة بقوله .. إن السلطة التى خولها القانون للقاضى الإدارى بأن يتخذ أوامر تنفيذية مقترنة أحيانا بغرامة تهديدية فى مواجهة اشخاص القانون العام والأشخاص الاعتبارية الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام غايتها كفالة تنفيذ أحكامه فحسب ، ولذا فإنها لاترخص له تجاوز قواعد توزيع الاختصاص بين القضاء العادى والإدارى ^(٣)

(١) T.A. Nantes: 8 janvier 1996 – centre d'aide par le travail Foyer de Sauenay. Rec.: P. 1108.

(٢) وفقا للمادة الثانية من قانون الغرامة التهديدية معدلة بالمادة ٧٦ من قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ لاينخص مجلس الدولة بكفالة تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية أو محاكم الاستئناف الإدارية . انظر فى ذلك :

CHABANOL (D.): un printemps procedural pour la juridiction administrative ? . A.J. 1995. p. 395.

(٣) C.E. avis de section : 13mars 1998. Mme Vindevogel. A.J. 1998. P. 459.

ومن جهة ثالثة يمكن ، وفقا للمادة ٤/٨ من التقنين ، طلب توجيه أوامر مقترنة بغرامة تهديدية لتنفيذ الحكم حتى ولو أصبح نهائيا definitif^(١) . ونهائية الحكم تعنى عدم قابليته للطعن بالطرق العادية . ومن هنا إذا كانت الأحكام الصادرة من محكمة الإستئناف الإدارية تعد نهائية حتى ولو كانت قابلة للطعن بالنقض^(٢) فإن أحكام المحاكم الإدارية لا تكون كذلك إلا إذا كانت لا تقبل الطعن إما لانقضاء ميعاده أو لإستنفاد طرقه^(٣) .

ونظرا لأن حكم المحكمة الإدارية المطعون عليه بالإستئناف لا يعد نهائيا - لذا أفرد له المشرع حكما خاصا بشأن تحديد المحكمة المختصة بكفالة تنفيذه وذلك في الفقرة الثانية من المادة ٤/٨ من التقنين التى نصت على أن يقدم طلب تنفيذ الحكم المطعون عليه بالإستئناف الى محكمة الإستئناف ذاتها . وسوف نعود إلى تلك المسألة لمعالجة ما يترتب عليها من آثار عملية فيما بعد .

ثانيا : الشروط الخاصة بأحكام مجلس الدولة :

٥٩ - حددت المادة ١/٦ من قانون الغرامة والتي أضيفت إليه بمقتضى المادة ٧٧ من قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ هذه الشروط فيما نصت عليه من أنه إذا اقتضى تنفيذ الحكم الصادر من مجلس الدولة فى الموضوع اتخاذ اجراء محدد، فإنه يجب عليه ، إذا طلب ذو الشأن ذلك تحديدا ، أن يأمر به، كما يستطيع أن يلحق هذا الحكم بغرامة تهديدية تسرى بداية من التاريخ الذى يحدده ... أما إذا اقتضى تنفيذ الحكم الموضوعى أن يتخذ الشخص العلم أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام قرارا آخر بعد تحقيق جديد ، فإنه يجب عليه، إذا طلب منه ذو الشأن ذلك ، أن يأمر بإصدار هذا القرار خلال مدة محددة ، كما يمكنه أن يحكم بغرامة تهديدية محددا ميعاد سريانها .

C.E. 27 octobre 1995. Ministre de logement c/ Mattia. Rec. p. 359. (١)

T.A. Strasbourg 9 décembre 1995. Mme Marie – Jossé Fiebig (٢)

c/ commune de seingbouse. R.D.F. Ad. 1996. p. 349.

CHAPUS (R.): Droit du contentieux administratif. Paris. (٣)

Montchrestien. 1996. No. 770.3.

وإذا كان النص يردد الشروط السابقة في نطاق أحكام مجلس الدولة ، إلا أنه يستلزم فضلا عن ذلك توافر شرطين : أن يكون الحكم صادرا عن مجلس الدولة ، كما يجب أن يكون حكما موضوعيا . ومن ناحية الشرط الأول يبدو أنه بقصوره على الأحكام الصادرة عن المجلس يستبعد اختصاصه بتوجيه أوامر مجردة أو متلازمة بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية أو محاكم الاستئناف الإدارية . وهذا ما بيناه سلفا .

أما من ناحية وجوب أن يكون الحكم صادرا في الموضوع فإنه إذا كان يجعل لمجلس الدولة سبيلا على تنفيذ الأحكام التي تختص بالفصل بالطعن فيها بطريق الاستئناف لاسيما تلك الصادرة عن جهات القضاء الإداري المتخصص^(١) ، فإنه لا يجوز له أن يوجه أوامر بقصد كفالة تنفيذ الأحكام التي ينظر الطعن فيها بطريق النقض ، باعتباره قاضي قانون لا قاضي موضوع مما يفقد حكمه في تلك الحالة وصف الحكم الموضوعي^(٢) . ومن جهة أخرى لا يستطيع مجلس الدولة أن يوجه أوامر إلى الإدارة بقصد كفالة تنفيذ ما يصدره من أحكام مستعجلة أو وقتية حتى ولو كان يقتضيها تنفيذها ، باعتبارها ليست باتفاق أحكاما فاصلة في الموضوع .

واللافت للنظر أن المشرع ضيق بهذا الشرط من نطاق أحكام مجلس الدولة المكفول تنفيذها بنظام الأوامر عن أحكام المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية . وعلى ما يبدو أن سبب ذلك يرجع إلى أن مجلس الدولة بحكم اختصاصه المطلق بالحكم بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ الأحكام الإدارية وفقا للمادة الثانية من قانون الغرامة - يستطيع أن يضمن لتلك الأحكام الإحترام ،

(١) C.E. 27 mars 1995. M. Heulin. R.F.D. Ad. 1996. p.61

C.E. 4 octobre 1995. M. Servillat. R.F.D. Ad. 1996. p. 62. R.F.D Ad. 1996. p.63.

DEBBASCH (R.) : Le juge administratif et L'injonction J.C.P (٢)

1996-1 3924.

بما معناه أن جميع أحكامه وفقا للتحديد السابق . تتمتع بحماية واسعة النطاق إما بالأوامر فقط وإما بالغرامة التهديدية فحسب . وإما عن طريقهما معا .

وثمة تساؤل جدير بالطرح : هل يلزم أن يكون الحكم صحيحا حتى ينطبق عليه نظام الأوامر المقترنة بغرامة تهديدية ؟ بدلية لم يطرح هذا التساؤل أمام مجلس الدولة ليدلى برأى أو حكم بشأنه ، بل ولم يتعرض له المشرع بنص فيما نظمه بشأن الأوامر التنفيذية أو الغرامة التهديدية من قريب أو بعيد . انن لامتدح إزاء هذا القصور عن البحث ، عن إجابة له في ضوء القواعد العامة لتنفيذ الأحكام . والأصل فيها أن بطلان الحكم لا يحول دون قابليته للتنفيذ ، إذ أنها تقضى بصحة الحكم الى أن يحكم فعلا ببطلانه ، وان الإجراء الباطل يبقى صحيحا منتجا لكل آثاره الى أن يقضى ببطلانه ^(١) . فساد ذلك إذن أن صحة الحكم ليست شرطا لتنفيذه ، وإنما هو ينفذ رغم ما اعتراه من بطلان ، حالئذ يمكن أن تتخذ الأوامر والغرامة التهديدية سبلا للإجبار على تنفيذه .

بيد أن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين : إما أن ميعاد الطعن فيه لم ينفذ ، وحالئذ يمكن اجراء طعن عليه ، ويكون لمحكمة الطعن الحكم بوقف تنفيذه ، ريثما تقضى ببطلانه . وهنا إذا كان سريانه بالوقف يتوقف ، مما ويحول دون توجيه أوامر تنفيذية بشأنه ، إذا كان لم يؤمر بها بعد ، فإنه بالبطلان ينعدم كل أثره . وبالطبع لا يمكن تطبيق نظامها بشأنه لأنه حالئذ يرد على معدوم . أما الفرض الآخر فمؤداه مايرتبه فوات ميعاد الطعن من أثر . فى هذه الحالة يظل لنفاذه باطلا . ولكنه بطلان عديم الأثر على قابليته للتنفيذ ، إذ رغمه يبقى سليما منتجا لكل آثار الحكم الصحيح . وهنا نجد أنفسنا أمام حكم باطل له قوة الأمر

(١) أ.د. احمد ابو الوفا : اجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية . اسكندرية .

منشأة المعارف . ١٩٩١ . ص ٥٣ هامش رقم ١ .

المقضى به ، تتولد عنه كل آثار الأحكام الصحيحة ^(١) . وهذا يفضى إلى نتيجة تتفق مع ذات المنطق أن الحكم يكون صالحا لكفالة تنفيذه بالأوامر التنفيذية والغرامة التهديدية ، ولايجوز بالقطع للإدارة أن تتعامل فرارا من الخضوع لتلك الإجراءات بخطأ أو بطلان الحكم وإلا لكان ذلك معناه السماح لها بأن تحل تقديرها لصحته محل تقدير القاضي ، وأن تهدر بإرادتها حجية أو قوة الأمر المقضى به ، تلك التي يتمتع بها الحكم حتى ولو كان باطلا ^(٢) .

المبحث الثاني

الشروط المتعلقة بعدم تنفيذ الحكم الإداري

تمهيد وتقسيم :

٦٠ - لنن كان الحكم ، بالمفهوم السابق ، يمثل أول جناح لنظام الغرامة التهديدية ، فإن عدم التنفيذ يمثل جناحه الآخر الذي به تعلق في ساحة التطبيق . إذ التلزم في أعماله أشد وثوقا وارتباطا ، يعبر عنه المشرع في جملة واحدة في النص الذي سبق بقوله : " في حالة عدم تنفيذ حكم " . وكما أن الحكم لاينهض بذاته سببا لجريان هذا النظام ، وإنما يلزم شروط تتوافر حتى يبلغ المدى في إحداث أثره ، فالأمر ذاته بالنسبة لعدم التنفيذ . إذ لا بد أن تتوافر فيه عدة شروط حتى يعد مسوغا قانونيا للحكم بها ، هي في جملتها معيار للفصل بين عدم التنفيذ المبرر لهذا الحكم ، وعدم التنفيذ الذي لا يستوجب.

بيد أن هذه الشروط لا تكتل منظومة قائمة بذاتها تجد مستقرها في نص قانوني ، أو مستودعها في حكم قضائي . وإنما هي على خلاف ذلك شتات متفرقة ، فالمشرع لم يعرض لها في أي من نصوص قانون الغرامة التهديدية ،

(١) أ.د نبيل عمر : الحكم القضائي : دراسة لبعض الجوانب الفنية للحكم القضائي . اسكندرية . منشأة المعارف . ١٩٩٩ . ص : ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٥ .

(٢) GUETTER (CH.) : Chose jugée. J.C. Ad. 1994. Fasc. 1110.p. 16

ولا فى تلك التى لحقت به معدلة له . وكل ما أورده - كما رأينا - صياغة عامة جمعت فى صعيد واحد بين الحكم وعدم تنفيذه فى جملة واحدة . ثم أعرض عن أن يفصل أو حتى يجمع شروطها . وتجنّى الأحكام القضائية أيضا غير مفصلة أو جامعة لها ، وإذا كان لازما أن نستخلص من ثاباها ، أو نستنبط من منطوقها مايمكن به تحديدها ، ووضع أطر قانونية لها .

وعلى هدى ذلك ، يمكن تصنيف المستنبط من تلك الشروط الى نوعين : شروط تتعلق بالتنفيذ بوجه عام . تعكس نوعا من التماثل الظاهر بين الغرامة التهديدية الإدارية ونظيرتها فى القانون الخاص . هذا التماثل الذى هيمن بآثاره على مجلس الدولة فأعدى إلى الأولى طرفا من أصول ضابطة لإعمال الثانية . والأخر شروط تتصل بواقعة الإخلال به باعتبارها التصرف الذى تأتبه الإدارة موجبا لخضوعها للتهديد المالى .

إذن فى مطلب أول نعرض لما ينبغى أن يتوافر فى التنفيذ من شروط تجعله صالحا لإحداث أثره فى الحكم بالغرامة التهديدية . توطئة لبيان الشروط الخاصة بالإخلال الإدارى بالتنفيذ حتى يكون مبررا لإنزال هذا الحكم بالإدارة .

المطلب الأول

الشروط الخاصة بالتنفيذ

تمهيد

٦١ - على نحو مايجرى عليه نظام الغرامة التهديدية فى القانون الخاص ، لايمكن الإلتجاء اليها إلا فى حالة عدم تنفيذ التزام يكون فى المقدور تنفيذه ^(١) . أى لابد أن يكون هناك التزام اصلى لم ينفذ ، فإذا انتفى وجود هذا يكتسب قوة تنفيذية تفرض على الإدارة بوجه خاص احترامه ^(٢) حتى ولو كان

CARBONNIER () : Droit civil: obligations. Paris. Thémis P.U.F. (١)

12^e edition , 1985. T.4. p. 144 et ss.

()

الإلتزام ، لو كان قائما. ولكنه مستحيل التنفيذ زال ميرر الحكم بسها^(١).
وتؤكد التطبيقات القضائية لمجلس الدولة أعمال ذات الأحكام فى نطاق الغرامة
التهديدية الإدارية مع اختلاف فى التفاصيل تقتضيها المغايرة بين طبيعة
الروابط فى مجال القانون العام عنها فى القانون الخاص .

فكما أن المدين فى القانون الخاص عليه التزام بتأدية ذات ما السترم به
الى الدائن ، يحمل عليه كرها اذا امتنع عنه طوعا ، فإن الإدارة عليها التزام
بتنفيذ الحكم الصادر فى مواجهتها ، إذا لم تؤده اختيارا ، ألزمت به إجبارا .
وأىضا مثلما لايجوز حمل المدين على تنفيذ التزامه تحت التهديد المالى فإن كان
هذا التنفيذ غير ممكن ، فكذاك الإدارة لايمكن إجبارها على تنفيذ الحكم إذا كان
مستحيلا .

شرطان إذن لابد من توافرها فى التنفيذ لإحداث أثره : أن يقع على
الإدارة التزام فعلى بالتنفيذ ، وأن يكون هذا التنفيذ ممكنا .

الفرع الأول

ضرورة وجود التزام على الإدارة بالتنفيذ

أساس الإلتزام الإدارى بالتنفيذ :

٦٢ - ليس هناك من ينزع فى وجود هذا الإلتزام بشكل دائم. ومرجع
ذلك الى ما يتمتع به الحكم الإدارى من حجية تلك التى تعكس قوة الحقيقة
القانونية الكامنة فى منطقته والتى تفرض سلطانها على الجميع ، والنسب بسها
يكتسب قوة تنفيذية تفرض على الإدارة بوجه خاص احترامه^(١) حتى ولو كان

MAZEAUD (J.) et CHABAS (F.) : leçons de droit civil, obligations:(١)
paris. Montchrestien. 7^e edition. 1985. T.2. No. 941 et ss.

GEORGE (G.) : Autorité de la chose judicieurement jugé a l'égard des (٢)
autorités et juridictions administrative. J.C.A. 1988 fas: 663. P. 7

مطعوناً عليه بالإستئناف باعتبار أن الطعن غير موقف للتنفيذ إلا إذا أمرت به محكمة الطعن ^(١) . اعتبار الحجية أساس هذا الإلتزام هو الذى استوجب أن يصدر المشرع قانون الغرامة التهديدية . وأردفه بقانون الأوامر التنفيذية قاصداً أن يجبر بالأول الإدارة على احترامها ^(٢) ، وأن يحثها بالثانى على سرعة تأدية مقتضياتها ^(٣) . بل هو ذاته ما أفضى بمجلس الدولة الى أن يعتبرها مبدأ من المبادئ العامة للقانون يصم خروج الإدارة عليها بعدم تنفيذ الأحكام بعيب عدم المشروعية . يستوجب من ناحية الغاء تصرفها المخالف ، ويرتب من جهة ثانية مسؤوليتها ^(٤) . ولعل هذا ما قصدت اليه محكمة القضاء الإدارى فى حكم ذى دلالة على مانحن بصده بقولها ... بأن امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم يرتب مسؤوليتها لأنه يعتبر إجراءً خاطئاً ينطوى على مخالفة أصل من الأصول القانونية هو احترام حجية الشئ المقضى به الذى من شأنه إشاعة الطمأنينة واستقرار الأوضاع ، وإحاطة القضاء بسياج من الحماية ^(٥) .

والأمر ذاته جعل المجلس الدستورى يقر لها مؤخراً بمكانة المبادئ ذى القيمة الدستورية فعصمها بذلك من أن تنالها حتى يد المشرع اهداراً أو انتقاصاً ^(٦) . وصارت بمقتضى ذلك حائلاً دون أن يبنى بتنظيم على حقوق

(١) RAYNAUD (F.) et GERARDAT (H.): chronique générale de jurisprudence administrative française. A.J. 1998. P. 97.

(٢) PACTEAU (P.): la chose décidée contre la chose jugée dans le droit des astreintes administratives L.P.A. 1990. No: 71. P. 14.

(٣) PRISSON (J.F.): injonction au service de la chose jugée contre l'Administration. R.J. 1996. 3-p. 167.

(٤) JEANNEAU (B.): les principes généraux des droit dans la jurisprudence administratives . Paris. Editions du recueil Sirey. 1954. P. 102 et ss.

(٥) محكمة القضاء الإدارى : ٢٠ ديسمبر ١٩٥٦. الدعوى رقم ١٥٢٨ لسنة ٦ القضائية . مجموعة السنة الحادية عشر . ص : ١٠٠ .

(٦) C.C. 29 decembre 1986. J.C.P. 1987. 2. 20902.

اكتسبت بمقتضى أحكام تتمتع بها (١) .

وإذا كان ماسبق يكفى فى حد ذاته لإثبات تأسيس الإلتزام الإدارى بالتنفيذ على ما للأحكام الإدارية من حجية ، على نحو يتأكد معه وجوده ، فإن ما يثيره هذا الإرتباط اللقائم بينهما نطاق سريان هذا الإلتزام سواء من الناحية العضوية ، أو من الناحية الموضوعية .

أولا : النطاق العضوى للإلتزام الإدارى بالتنفيذ :

٦٣ - من اللحظة التى نوقن فيها بأن حجية الحكم الإدارى ، على خلاف نظيره المدنى ، تتفاوت تفاوتاً مرجعه نوعه وطبيعة الدعوى التى صدر فيها ، علينا أن ندرك أن هذا التفاوت يؤثر بشكل أو بآخر على نطاق الإلتزام الإدارى بالتنفيذ عضوياً . وقبل أن نبين ذلك ينبغى أن نشير إلى أن هذا التفاوت فى الحجية ، إذا كان يعود بالضرورة الى نوع الحكم أو طبيعة الدعوى ، فإن مايساهم فى تحديد ذلك طلبات المدعى تلك التى تحد موضوع الدعوى ، وتبين عن قصده من إقامتها ، وتكشف عن المدعى عليه فيها . وسواء طلب الغاء قرار من مركزه القانونى أو تعويضاً عن تصرف إدارى أضر به ، فإن القاضى لايركن كثيراً الى التكييف الذى يسبغه على دعواه ، ذلك أنه يستأثر استقلالاً بتحديد التكييف الصحيح لها ، وإسباغ الوصف القانونى عليها متخذاً أساساً لذلك ما يتضمنه من طلبات المدعى ، وذلك لأنه فى جميع الأحوال ملزم بها لايتجاوزها ، ولايتعدى حكمه لغير مااختصم فيها ، استناداً إلى أصل جزائى مؤداه لايجوز للمحكمة أن تقضى بغير ماطلبه الخصوم (٢) .

VINH (O.): observations sous c.c. 29 decembre 1986. J.C.P. 1987. (١)
2. 20902.

CHAPUS (R.): Droit administratif ... op. cit. P. 730. (٢)

وانظر أيضاً : د. محمد ماهر أبو العينين : إجراءات المرافعات أمام القضاء الإدارى . القاهرة . دار الطباعة الحديثة . ١٩٩٥ . الكتاب الأول . ص : ١٨١ ، ١٨٤ .

فى ضوء ذلك يتجلى الإرتباط بين تقاوب الحجية و نطاق الإلتزام بشكل يضعنا وجها لوجه أمام الإجابة عن تساؤل عما إذا كان هذا الإلتزام يقتصر على الجهة التى صدر فى مواجهتها الحكم أم يتعداها إلى غيرها .

فمن ناحية أن الأحكام الصادرة فى دعاوى الحقوق تكون لها حجية نسبية اذ هى فيما قضت به لا تلزم إلا الجهة التى صدرت فى مواجهتها باعتبارها طرفا فيها . ودور نسبية الحجية فى تلك الأحكام يتجلى أثره فى أن الغرامة التهديدية لا يمكن أن تتخذ لإجبار جهة إدارية لم تكن طرفا ولا متخلصة فى الدعوى التى صدر فيها . إذ يتوقف أعمالها عند الجهة الإدارية المحكوم ضدها فحسب ^(١) .

ومن وجهة ثانية ، وعلى خلاف ذلك ، تكون لأحكام الإلغاء حجية مطلقة بمعنى أنها تسرى فى مواجهة كافة من مثل فى الدعوى ، ومن لم يمثل من الجهات الإدارية ^(٢) . وهذا يفمره اعتبار منطقي مؤداه أن حكم الإلغاء يهدم القرار وينهى وجوده القانونى والواقعى . ولذا لا يعقل والحال كذلك ، أن يكون هذا القرار منعما بالنسبة للبعض ، وقائما بالنسبة للبعض الآخر ^(٣) .

وتأسيسا على ذلك لا يلزم حكم الإلغاء الجهة التى كانت طرفا فى الدعوى التى صدر بشأنها فحسب ، وإنما يلزم أيضا غيرها من الجهات الإدارية الأخرى باعتبارها تدخل فى مفهوم كافة لامفهوم الطرف . ولا يعقل هنا بأن الحجية تفقد شرطا من شروط أعمالها وهو وحدة الخصوم ، بما مفاده قصر الحكم فيها على أطرافها فحسب ؛ إذ أن حكم الإلغاء، كما قمتنا، بصدوره يكون قد أزال من الوجود القرار الملقى . فلا يصح حالئذ أن تتعامل جهة إدارية على

C.E. 16 juin 1997- Vialas. Rec: p. 1022. (١)

C. E. 9 juin 1989 Dufat. Rec: p. 139 (٢)

WEIL (P.). les conséquences de l'annulatio d'un acte administratif (٣)
pour excès de pouvoir Thèse Paris Pendome 1952. P 19.

وجوده وأخرى على انتقائه^(١). ولعل هذا هو المنطق الذى حدا بمجلس الدولة . منذ أوليات هذا القرن ، إلى أن يقضى بإلزام أحد المحافظين بحكم لم يصدر ضده ، وإنما صدر فى مواجهة أحد المجالس المحلية^(٢) .

ومن هنا نقول بلا تردد كما أن الغرامة تتخذ لإجبار الجهة الإدارية الصادر ضدها الحكم على تنفيذه ، يمكن أيضا وبذات الكيفية إلجا إليها لحمل غيرها عليه حتى ولو لم تكن طرفا فى الدعوى . وتطبيقا لذلك لم يرفض مجلس الدولة إمكانية الحكم بها ضد جهة إدارية - إقليم Frang - نحمله على اتخاذ إجراءات التنفيذ اللازمة لحكم الغاء قرار جهة إدارية أخرى - محافظ Havte - Savoie - باتخاذ إجراءات إقامة مشروع مد شبكة صرف صحى لصالح هذا الأخير على أرض الطاعن^(٣) .

ولا تقتصر الحجية المطلقة ، بما لها من اثر فى تحديد نطاق هذا الإلزام عضويا ، على الأحكام الموضوعية فى دعوى الإلغاء ، وإنما تمتد إلى الأحكام المستعجلة فيها ، كالحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار المطعون عليه بالإلغاء . إذ أن لهذا الحكم حجية مطلقة ، باعتباره يمثل فرعا من الأصل - أى حكم الإلغاء - مما يستلزم أن يجرى عليه ذات حكمه فيحوز تبعا لذلك حجيته بذات نطاقها .

وهذا ما يؤكد البعض بقوله.. إن حكم الوقف ، وإن لم يكن الغاء للقرار المطعون فيه إلا أنه اشتقاق من دعوى الإلغاء المختصم فيها القرار ذاته ، ولذا فإنه لا بد أن يجعل له نفس الحجية العينية المطلقة تجاه الكافة التى يتمتع بها الحكم القاضى بالإلغاء ..^(٤). ومع التسليم بمنطق هذا رأى ، إلا أننا نورد

(١) محكمة القضاء الإدارى ٢٣ مايو ١٩٥١. الدعوى رقم ٢٩٦ لسنة ٤ القضائية. مجموعة السنة الخامسة . ص : ٢٨١.

(٢) C.E. 8 février 1930, Goiraud. Rec. p. 162.

(٣) C.E. 7 janvier 1994. Epoux ledoux. Rec. p. 11. R.D.p. 1995.p. 1668.

R.F.D. Ad. 1994.p. 390.

(٤) أ.د. محمد فؤاد عبدالباسط :وقف تنفيذ القرار الإدارى المرجع السابق:ص:٧١٤

عليه تحفظاً بأن حكم الوقف إن كانت له حجية على الكافة إلا أنه لا يعد باتفاق حجة على محكمة الموضوع . غير أن هذا لا ينال من اصل حجته المطلقة إلا كما ينال الاستثناء من القاعدة . ويكفي أن نقرر في هذا الشأن بأنه رغم تسليم مجلس الدولة بأن ما يصدره قاضي الأمور المستعجلة من أحكام أو أوامر لا يتمتع بحجية أمام قضاء الموضوع ، إلا أنه يجيز له الحكم بغرامة تهديدية ، بل وتصفيته أيضاً ؛ لإجبار الجهات الإدارية على تنفيذها (١) .

ثانياً : النطاق الموضوعي للإلتزام الإداري بالتنفيذ :

٦٤ - لأن كان النطاق العضوي للإلتزام يتحرى ما إذا كان هذا الإلتزام يقتصر على الجهة التي صدر الحكم في مواجهتها أم يمتدّها إلى غيرها ، فإن نطاقه الموضوعي يستهدف الوقوف على حدود التزام تلك الجهة بالحكم . وهو من تلك الناحية يتحدد بأمرين : النزاع الذي فصل بالحكم فيه فلا يتعداه إلى غيره ، ومضمون هذا الحكم فلا يتجاوزه إلى الأسباب التي حمل عليها .

(١) تحديد نطاق الإلتزام بالنزاع الذي فصل فيه الحكم :

٦٥ - تحديد نطاق الإلتزام بطريق للنزاع يعد انعكاساً لشرط وحدة الموضوع كشرط واجب التوافر لإعمال أثر الحجة . إذ يجب أن يتحد في الموضوع الحكم المطلوب تنفيذه ، وطلب الحكم بالغرامة ، بحيث لو قدم هذا الأخير عن نزاع غير الذي فصل فيه يكون مرفوضاً باعتباره منفصلاً عن النزاع محل الحكم ، ممثلاً لنزاع مستقل *litige distinct* . وهذا معناه خروج طلب الغرامة عن نطاق الحكم المطلوب تنفيذه ، ودخوله في إطار مالم يحكم بشأنه القاضي ، على نحو يتأكد معه انتفاء وجود الإلتزام بالتنفيذ كمبرر للحكم بالغرامة .

وتتعدد في قضاء مجلس الدولة دلائل الإستقلال بين منازعة الحكم والمنازعة محل طلب الغرامة التهديدية بشكل يكرر حصرها في ثلاثة :

(١) C.E. 14 novembre 1996. communauté urbaine de Lyon. Rec. p. 1022

المغايرة التامة بين المنازعتين ، المنازعة فى كفاية التنفيذ ، والمنازعة فى عدم مناسبة إجراءات التنفيذ .

فمن ناحية المغايرة بين المنازعين تتجلى فى الانفصال بين المنازعة
التي فصل فيها الحكم المطلوب تنفيذه ، وتلك التي أوردتها المحكوم له طلب
الحكم بغرامة لتنفيذه . مثل ذلك مقضى به مجلس الدولة من رفض طلب
الحكم بغرامة تهديدية ضد أحد الأقاليم على أساس أنه بعد إلغاء المحكمة
الإدارية لرخصة بناء منحها لأحد الأشخاص ، قام عمدة الإقليم بإصدار قرار
جديد بمنح ذات الشخص رخصة بناء مماثلة للرخصة الملغاة ، مما يعنى عدم
احترام حجية الشئ المقضى به ، والإخلال بتنفيذ حكم المحكمة الإدارية سالف
الذكر . وفى تأسيس الرفض قال المجلس أن المنازعة المتعلقة بقرار العمدة
الجديد يعد منازعة مستقلة عن تلك التي فصل فيها الحكم الصادر من المحكمة
الإدارية ؛ ولذلك إذا كان للطاعن أن يطلب من القاضي المختص الحكم بوقف
تنفيذ هذا القرار ، فإنه لايجوز له طلب الحكم بغرامة تهديدية ضد اقليم
Bonifacio لإجباره على تنفيذ حكم المحكمة الإدارية ^(١) . ومرة أخرى تلقى
المحكمة الإدارية قرارا لوزير التعاون برفض تجديد عقد أحد العاملين باعتبار
أنه لايجوز ذلك وفقا لقانون ٢٦ يناير ١٩٨٤ إلا فى حالتين لا تتوافر أى منهما:
عدم الصلاحية المهنية ، ولارتكاب إحدى المخالفات التأديبية . وإذا كان
مقتضى تنفيذ هذا الحكم إلزام الوزير بإبقاء العامل فى ذات وظيفته رغم انتهاء
مدة العقد ، فإنه لا يكون من مقتضاه إجبار الوزير على إبرام عقد جديد بشروط
مغايرة تتناسب والظروف المعيشية المستجدة . وإذا كان المحكوم له يطلب
الحكم بغرامة تهديدية لإلزام الوزير بتنفيذ ذلك ، فإن هذا الطلب يكون غير
مقبول ؛ لأنه يمثل منازعة مستقلة عن تلك التي حسمها حكم المحكمة
الإدارية ^(٢) .

C.E. 28 juillet 1984, Association de défense des intérêts des ^(١)
bonificiens et leur environnement . Rec: p. 865.

C.E. 17 janvier 1997, Schmit. Rec: p. 1022. ^(٢)

وأما من ناحية المنازعة في كفاية التنفيذ . فإن مظهر استقلالها عن المنازعة الأصلية أن المحكوم له لا يطلب الحكم بالغرامة لإجبار الإدارة على تنفيذ الحكم الصادر بشأنها ، وإنما لإلزامها على تنفيذ ما يعتد أنه يكمل مضمونه ، ظنا أن ما تقوم به الإدارة غير كاف لأعمال مقتضاء . من ذلك الحكم الصادر بالغاء فصل أحد الموظفين ؛ إذ أن مقتضى تنفيذه إعادته إلى عمله مع ما يترتب على ذلك من آثار اعتبار الفصل كأن لم يكن من وقت القرار الصادر به . ورغم اتخاذ الإدارة كل هذه الإجراءات تنفيذا للحكم إلا أن الموظف تقدم بطلب الحكم بغرامة تهديدية لأنها لم تنفذ مقتضى الحكم كاملا ، إذ لم تمنحه تعويضا مناسباً عما لحقه من أضرار نتيجة الفصل غير المشروع . ولكن مجلس الدولة رفض هذا الطلب معتبرا أن الحكم المطلوب تنفيذه هو حكم بالغاء فحسب ، ولم يقض للطالب بأى تعويض ، مما يعنى أن ما يطالب به من تعويض يمثل منازعة مستقلة عن التى فصل فيها حكم الإلغاء ، الأمر الذى يتوجب رفض طلبه ^(١) . كما أن مجلس الدولة رفض طلب الحكم بغرامة تهديدية ؛ لأن الطالب كان قد صدر له حكم بالتعويض . ولكنه طالب الإدارة بدفع التعويض المحكوم به مع الفوائد التأخيرية ، وقد اعتبر المجلس أن إجبار الإدارة على دفع الفوائد القانونية بالحكم عليها بغرامة تهديدية لا يجوز؛ لأن الحكم صدر فى منازعة تعويض ، ولم يقض بأية فوائد ؛ ولذا تكون منازعة الفوائد منازعة جديدة لاشأن للحكم المطلوب تنفيذه بها ^(٢) .

وأخيرا من جهة المنازعة فى عدم مناسبة إجراءات التنفيذ فى هذه الحالة الإدارة نفذ الحكم ، ولكن يرى المحكوم له أن الإجراءات التى اتخذتها لتنفيذه غير ملائمة أو غير مناسبة لما يقتضيه الحكم . فيطلب الحكم بغرامة تهديدية؛ لأن الإدارة أخلت بالتنفيذ وإجبارها على اتخاذ الإجراءات المناسبة

C.E. 29 decembre 1995, M. Beaurepaire. J.C.A. 1997. P. 33. (١)

C.E 1^{er} juillet 1991 Mme Bodin. Rec: p. 1139.

C E. 25 Janvier 1993 M. Lacour paille. J.C.A. 1997. P. 33.

C E 20 avril 1984 Ribot Rec: p. 156 (٢)

لذلك . فمن المعروض مثلا حال الحكم بإلغاء قرار فصل الموظف لعدم مشروعيته ، إعادته إلى ذات وظيفته . ولكن قد يحدث أن تعيد الإدارة إلى وظيفة من نفس وظيفته. ولكنه ينزاع في ملازمة هذه الوظيفة لحالته الواقعية والقانونية المستجدة ، فيظن بذلك أن الإدارة لم تنفذ للحكم تنفيذا مناسباً ، مما يدفع به إلى طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبارها على ذلك . ويرفض مجلس الدولة هذا الطلب على سند من القول بأن هذا يمثل منازعة جديدة مستقلة عن المنازعة في قرار الغاء الفصل ، مما يكون معه طلبه خليفاً بالرفض (١) .

(٢) تحديد نطاق الالتزام بمنطوق الحكم لا بأسبابه :

٦٦ - الأصل أنه لا يلزم الإدارة من الحكم إلا منطوقه اعتداداً بالقاعدة الإجرائية التي مؤداها أن الحجية تقتصر على منطوق الحكم ، ولا تتعداه إلى الأسباب التي حمل أو بنى عليها (٢) . وإذا كان لا وجه للخوض تفصيلاً في تبيان التفرقة بين المنطوق والأسباب فحسبنا أن نشير إلى أن منطوق الحكم *dispositif* ينصرف إلى التعبير اللفظي الذي يكشف صراحة عما قضت به المحكمة . وهو بذلك يختلف عن أسباب الحكم *motifs* التي تعني الحجج التي استندت إليها المحكمة في إصداره ، أو حملتها على القضاء بما جاء في المنطوق . وعلى ذلك إذا كان السبب في ضوء هذا التصوير يعكس رؤية القاضى في تقدير الوقائع التي حملته على الحكم بما قضى به ، أو يمثل وجهة نظره الذاتية للنص الذي يطبقه على النزاع المعروض عليه ، فإن المنطوق على خلافه ، إذ هو عبارة عن الرأى القانونى القاطع فى الحكم . ولما كان الملمز قانوناً هو هذا الأخير فإن مقتضى الحال تحديد نطاق الالتزام الإدارى به وحده ؛ ذلك أن رؤية القاضى مجرد اجتهد لا تصيب له من الإلزام إلا بقدر وثوق صلته بمنطوق الحكم تحديداً أو إتماماً (٣) .

(١) C.E. 25 janvier 1993. Mme. Adélaïde. J.C.A. 1997. P. 33.

(٢) C.E. 4 mai 1973, *Entreprise Louis-Matière* . Rec. p. 324. A.J. 1974.

P. 43.note : M.N.

(٣) C.E. 19 mars 1982. *Ministre d'agriculture*. Rec: p. 719

ولا ينبغي أن يدفع هذا إلى الاعتقاد بأن الأسباب جملة لا أهمية لها ، أو أنها تنجرد كلية من كل قيمة : ذلك لأنها في ارتباطها بمنطوق الحكم تكون على نوعين : أسباب جوهرية وهي تلك التي تحدد غموضا افتتاه ، أو تكمّل نقصا اعتراه ، وهذه لأهميتها ترتبط بالمنطوق ارتباطا بالسبب بالنتيجة ؛ ولذا لا يمكن أن يقوم بدونها . ومن هنا تمتد إليها الحجية ، ويمتد إليها حالاندا الالتزام بالتنفيذ ^(١) . ولذا قضى بأن حكم المحكمة الإدارية بإلغاء قرار الإدارة الضمى برفض رخصة بناء على أساس عدم وجود شبكة صرف صحي بالمنطقة المزمع إقامته فيها تأسيسا على وجود شبكة في منطقة مجاورة يمكن الصرف خلالها . فإن هذا السبب يتصل اتصالا وثيقا بمنطوق حكم الإلغاء ، ولذا تمتد إليه حجيته ^(٢) . وهذا يفرض على ذات الجهة الإدارية الالتزام به ، ويكون مقتضى ذلك أنه لا يجوز لها الإمتناع عن التنفيذ تجاهلا له . كما لا يحق لها مستقبلا رفض الترخيص بالبناء في ذات المنطقة انكارا له مستندة إلى سبب يتماثل مع ذلك الذي أفضى إلى إلغاء الرفض أول مرة ^(٣) .

وفي حكم أكثر إيضاحا وتديلا على ذلك صدر بمناسبة الطعن في قرار محافظ مقاطعة L'Aude الصادر في ٧ يولييه ١٩٩٢ بإبعاد أحد الرعايا الأوربيين المقيمين على الأراضي الفرنسية . قضى مجلس الدولة بتأييد حكم محكمة مونبليه الإدارية بإلغاء هذا القرار تأسيسا على أن هذا الإبعاد يمثل اعتداء على الحق في احترام الحياة العائلية على نحو يخالف المادة ٨ من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان . وقد ذهب المجلس إلى أن هذا السبب لأهميته تكون له حجية الشيء المقضى به على نحو يستوجب تنفيذ الإدارة له

(١) C.E. 18Juin 1986. Mme. Krier Rec. p. 166. D.1987. p. 193. Note: Pacteau.

(٢) C.E. 18mars 1983 Résidence du parc Rec: p 126. A.J. 1983 P 626. (٢) Note: pacteau.

GUETTIER (ch) op cit. P 5

(٣)

قيامها بتسليم الطاعن ترخيص بالإقامة تحت الحكم بغرامة تهديدية ^(١) .

أما عن النوع الآخر من أسباب الحكم : فهي أسباب عرضية لا ترتبط بالحكم ارتباطا وثيقا ؛ إذ لا يؤثر وجودها أو انعدامها في قيامه ، وإنما يكون جل دورها تبرير منطقته فحسب . وهذه لطبيعتها تلك لا تتمتع جريا على الأصل بالحجية ^(٢) . إذن هي غير ملزمة ، ولا تعامل الإدارة وفقا لها . ولكن هذا ليس معناه إطراح كل قيمة لها ؛ ذلك أن لها رغم انعدام دورها في نطاق الحجية أهمية في رحاب آخر . فلا تخفى أهميتها بالنسبة للقاضي والمتقاضى إذ تبين لهما المسار القانوني والواقعي الذي سلكته محكمة أول درجة فصلا في الدعوى .

فمن ناحية تتيح لقاضي التنفيذ إمكانية أعمال رقابته على حكم أول درجة ، فيصوبه إذا استبان له أنه حملا على هذه الأسباب قد صادف صحيح القانون أو يخطئه إذا تبين له أن المحكمة تنكبت وجه الحق فقصرت أسبابها عن تبرير المنطوق . ومن ناحية أخرى تتجلى أهمية هذه الأسباب بالنسبة للمتقاضى في أنه على ضوءها يحدد موقفه من الحكم ، إما أن يقنع بسلامته أو يتشكك في صحته ، فيقيم لذلك طعنا عليه . وأخيرا أن للأسباب العرضية دورا لا يمكن الإستهانة به في علاقتها بمنطوق الحكم على اعتبار أنه قد يكون هذا الأخير مبهما غير مفهوم أو غامضا غير واضح ، في هذه الحالة لامنتدح عن الرجوع إلى أسبابه لإزالة هذا الإبهام ، وتبيد هذا الغموض ^(٣) . وبذلك يتيسر على الإدارة مهمة تأدية التزامها بتنفيذه ، ويتجلى تماما نطاقه .

على هذا النحو يتبدى اختلاف سبب الحكم عن سبب القرار ، إذ أن هذا

C.E. 21 decembre 1994. Ministre d'interieur c/ Mert. R.F.D. Ad. ^(١) 1995. P. 203.

^(٢) انظر: أ.د. احمد ابو الوفا : اصول المحاكمات المدنية . اسكندرية . مؤسسة الثقافة الجامعية . بدون تاريخ . ص : ٦٩٢ .

^(٣) DEBBASCH (ch.) et autre : contentieux administratif Paris. Dalloz. ^(٣) 5° edition. 1990. P. 618.

الأخير تستطيع الإدارة أن تجرى بشأنه حولا دون أن تتأثر بذلك مسر حجية الحكم الصادر بالإلغاء ، ودون أن تكرر على تنفيذ هذا الأخير بالغرامة التهديدية بزعم خرقها لتلك الحجة . كان وزير المحاربين القدامى قد أصدر قرارا برفض منح هوية مقاتل لذى الشأن ، ولما طعن بالإلغاء هذا القرار قضت المحكمة الإدارية بالفعل بإلغائه . ولكن الوزير أصدر قرارا آخر بالرفض مستندا هذه المرة إلى سبب جديد عن السبب الذى أسس عليه قرار الرفض الملقى . طلب الطاعن من مجلس الدولة الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الوزير على تنفيذ حكم المحكمة الإدارية معتبرا أنه قد انتهك بإصدار قرار الرفض الجديد حجية الشئ المقضى به . ولكن مجلس الدولة رفض هذا الطلب تأسيسا على أن قرار الرفض الأخير وقد بنى على سبب مختلف عن سبب القرار الملقى فإنه لا ينطوى على أى انتهاك لحجية الشئ المقضى به ، ولا يمكن الإجبار على تنفيذه لذلك بالحكم بغرامة تهديدية^(١).

الفرع الثانى

وجوب أن يكون التنفيذ ممكنا

تمهيد :

٦٧ - ثمة فكرة جوهرية ينطلق منها هذا الشرط أنه لا تكلف بمستحيل ، ولا إجبار إلا على تأدية مقدور ، انطلاقا من ذلك لاجال لإعمال نظام الغرامة التهديدية إذا استحال تنفيذ الحكم ، إذ أن الإلتجاء إليها حالئذ سيكون غير مجد ، لأنه سيكون دفعا إلى ما لا يمكن فعله . إذن لا يكفى فى سنن الغرامة التهديدية أن يكون الإلتزام قائما حتى يتحقق أثرها ، وإنما يلزم أن يكون فى الإسطاعة تأديته بتنفيذ الحكم . وما ينبغى أن يعزب عن بالنا أن الإستحالة المانعة من التنفيذ فى هذا النطاق على خلاف ما عليه الحال فى القانون الخاص ، لاتعنى فصصب أن

التنفيذ مستحيل لداته . وإنما يمتد أيضا إلى ما هو مستحيل لغيره . فالإلتزام بذاته قد يكون مقدورا . ولكن لعارض اعتراه عاصره أو لإجراء لحق به صلب مستحيلا

ومن هنا تنتوع الإستحالة المانعة من التنفيذ تبعا لمصدر الإجراء أو الواقعة المفضية إلى استحالة . إلى نوعين : استحالة قانونية ، وأخرى مادية أو واقعية .

أولا : الإستحالة القانونية للتنفيذ :

٦٨ - في بعض الحالات يستحيل تنفيذ الحكم استحالة مرجعها إلى إجراء يستند إلى نص أو يستقر على مبدأ من المبادئ القانونية ، أو يتأسس على حكم قضائي يغدو لامحل للتنفيذ معه . ويستوى في ترتيب هذا الإجراء لأثره أن يمتد إلى المستقبل أو أن يكون مقصورا على الماضي . ويتماثل في إحداهن هذا الأثر أن يكون عدم التنفيذ مطلقا أبدا ، أم مؤقتا إلى حين ، غاية الأمر أن به يمتنع التنفيذ .

إجراءات ثلاثة تتحقق بها تلك الإعتبارات ، ويكون لها ذات الأثر هي : التصحيح التشريعي ، وقف تنفيذ الحكم ، إلغاء الحكم .

(١) التصحيح التشريعي :

٦٩ - يصحح المشرع بمقتضى نص آثارا ترتبت على حكم الإلغاء ، فيصير بتصحيحه تنفيذه على الماضي مستحيلا ، وتحرر الإدارة بهذا بالتصحيح من التزامها بتنفيذ الحكم ^(١) . فلا يمكن مطالبة الإدارة بإعمال أثر الحكم بإلغاء كل القرارات اللانحبة أو الفردية التي اتخذت تأسيسا على القرار الملغى ، إذ يعد تنفيذه بعد التصحيح مستحيلا ^(٢) . وإذا كان بالتصحيح يمتنع ملاحقة الإدارة بالغرامة لإجبارها على تنفيذ ما صححه المشرع من أحكام

CHAPUS (R.): Droit du contentieux administratif ... op. cit. P. 890. (١)

GUETTIER (ch.): chose jugée . op. cit. P. 16. (٢)

الإلغاء ، فإن هذا أبدا لايعنى أن يترخص المشرع فى تحرير الإدارة من التزامها باحترام أحكام القضاء ، ولا من اثره أهدار ما للأحكام من حجية وإلا عد ذلك اهدارا للدستور ذاته ^(١) ، وتقويضا لأحد المبادئ الدستورية وتعنى به مبدأ فصل السلطات الذى يحظر على المشرع التدخل فى عمل القضاء ^(٢). وهذا مايبينه المجلس الدستورى بقوله ... " ولايجوز للمشرع أن يراقب أحكام القضاء ، ولايوجه أوامر اليه ، ولايحل نفسه محله فى الفصل فى المنازعات التى تدخل فى نطاق اختصاصه " ^(٣).

اذن فى ضوء ذلك علينا أن نضع التصحيح - وكل ما للمشرع من سلطات - فى موضعه . بقى أن نحدد نطاقه الدستورى فى علاقته بحجية الأحكام ، ليتبين على هدى ذلك ، مدى الإستحالة فى التنفيذ الذى وفقا له يتجلى إلى أى حد يتمتع الحكم بالغرامة .

إن التصحيح فى هذا الشأن مقيد دستوريا بقيدتين من خلالهما يتحقق التعايش بينه وبين الحجية ، وعن طريقهما يفض التنازع ، على فرض وجوده، بينهما . أولهما قيد موضوعى ، والآخر غائى . ويعنى الأول أن المشرع ، إن كان له أن يجرى تصحيحا ، فلا بد أن يكون ذلك فى نطاق أثر الحكم لا فى إطار مضمونه . بمعنى أنه لا علاقة له بالحكم حين يسلك سبيل التصحيح ، إذ لايملك إلا أن يصحح الآثار المترتبة على القرار الملغى بأثر رجعى ، أى فى الفترة الواقعة بين صدور هذا القرار والحكم بإلغائه ، ولايملك أكثر من ذلك . فلا يستطيع مثلا بالتصحيح أن يضيف المشروعية على القرار الملغى ، ولا أن يعيده إلى الحياة بعد اعدامه قضائيا ، ولا يمكنه تعطيل أو إعاقه تنفيذه بالنسبة

SCHROMECK (O.): les validations legislatives. A.J. 1996. P. 369. ^(١)

FOMBEUR (P.) et autre : chronique générale de jurisprudence administrative française. A.J. 1998. P. 403. ^(٢)

C.C.22 juillet 1980. R.D.P. 1980. Note : Favoreu. A.J. 1980.p. 602. ^(٣)

Note: Carcassonne.

للمستقبل ^(١) . إذن التصحيح من حيث أعمال أثره يعد فاصلا بالنسبة للحكم بين مرحلتين : المرحلة السابقة على صدور الحكم ، والمرحلة اللاحقة له ، فهو لايمتد بأثره إلا على المرحلة الأولى فحسب فيعفى الإدارة من التزامها بتنفيذ مقتضيات الحكم بشأنها . أما المرحلة الثانية لا أثر له بالنسبة لها فتنظر الإدارة ملتزمة بتنفيذ مايتوجبه الحكم بخصوصها فلا تتعامل مع القرار الملغى مستقبلا وكأنه إجراء غير مشروع . حالئذ يكون تصرفها خارجا عن نطاق الإستتالة ، وتعد الغرامة لذلك سبيلا لإجبارها على أعمال مقتضى الحكم مستقبلا عند الإقضاء ^(٢) .

وبالنسبة للقيد الثاني الذى يرد على سلطة المشرع فى إجراء التصحيح فمؤداه ألا يأتيه المشرع مدفوعا برغبة ذاتية أو هوى شخصي ، وإنما يجب أن يستهدف به الصالح العام ^(٣) . وهذا القيد إن كان فى رأى البعض واسعا يصعب ضبطه ، ولايسهل تحديده ، مما يخرى المشرع باتخاذ سبيلا للنيل من الأحكام وحجبتها تحت سمع القانون وبصره ، فإن مايمكن الرد به على ذلك أن المجلس الدستوري قد وضع معايير ضابطة لإعماله ، تتمثل فى ضرورة كفالة السير المنظم للمرفق العام ، أو الحفاظ على المراكز المكتسبة بحكم القرار الملغى ، تلك التى يترتب على عدم استقرارها آثار يصعب تداركها ^(٤) . والمجلس بعد ذلك يحكم رقابته على قوانين التصحيح للوقوف على مدى تطبيق هذه المعايير حتى لايفضى ذلك إلى النيل من حجية الأحكام ، والحيلولة دون تنفيذها بإعفاء الإدارة من التزامها بعمل مقتضاها ^(٥) .

C.C. 25 janvier 1995. R.F.D. Ad. 1995.p. 790. Note: Mathieu. (١)

PEROT (D.): Validation législative et acte administratif unilatéraux. R.D.P. 1983. P. 983. (٢)

FAVOREU (L.): et autre: les grandes décisions du conseil constitutionnel. Paris. Dalloz. 9^e edition. 1997. P. 423. (٣)

C.C. 9 avril 1996. A.J. 1996. P 369. Ch: Schrameck. (٤)

C.E. 28 decembre 1995 A.J. 1996. P 369. Ch. Schramuck. (٥)

(٢) وقف تنفيذ الحكم :

٧٠ - يوقف تنفيذ الحكم فى حالتين : إحداهما تعد تطبيقا لقاعدة الأثر الموقت للطعن *effet suspensif* ، والأخرى بحكم من محكمة الطعن بنسب على طلب ذى الشأن ^(١) . فى كلتا الحالتين تتحلل الإدارة من التزامها بالتنفيذ ، ويكون من المستحيل حدوثه إما إعمالا للمبدأ الأول ، أو تطبيقا لحكم قضائى .

فبالنسبة للوقف المترتب على الطعن ، يكون محدود الأثر فى نطاق الأحكام الإدارية ، على خلاف الحال فى الأحكام العادية . إذ الأصل بالنسبة لهذه الأخيرة أنها لا تقبل التنفيذ إلا بعد استئنافها ، اعتدادا بالأثر الموقت للطعن عملا بالمادة ٥٣٩ من تقنين المرافعات الجديد . أما فيما يتعلق بالأحكام الإدارية الأصل أن الطعن ليس له أثر موقت للتنفيذ ^(٢) . إذ لا يكون له أثره الموقت إلا فى حالات نادرة مثلها الطعن فى الأحكام التأديبية ، أو الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية بشأن الطعون المتعلقة بالانتخابات المحلية ^(٣) . وفى غير تلك الحالات لا يترتب على الطعن سواء بالإستئناف أو بالنقض هذا الأثر ، وتظل الإدارة رغم قابلية الحكم للطعن ، أو الطعن فيه فعلا ، ملزمة بتنفيذه مجبرة عليه حال امتناعها بالغرامة التهديدية .

وأما عن وقف التنفيذ بحكم من محكمة الطعن ، فإنه ينطبق عليه ذات وضع وقف تنفيذ القرارات الإدارية على الأقل من حيث شروط اعماله . إذ ينبغى لحدوثه توافر نوعين من الشروط : شروط إجرائية ، وأخرى موضوعية . فمن ناحية الشروط الشكلية لاتعنى أكثر من وحيدة الصحيفة ، بمعنى أنه يجب تقديم طلب الغاء الحكم أو تعديله مع طلب وقف تنفيذه فى صحيفة واحدة . إذ لا يجوز أن يستقل طلب وقف التنفيذ بصحيفة غير صحيفة

PHILIP. (L.): le suris á l'execution des décisions des juridiction administratives. D. 1965. P. 219. ^(١)

RIVERO (J.): et WHLINE (J.): op. cit. P. 197. ^(٢)

VEDEL (G.): et DELVOLLE(P.): OP. CIT. P. 715.

CHAPUS (R.): op. cit. P. 648 - 649. ^(٣)

الطعن ، وإنما يجب أن يكون الإثبات فى صحيفة واحدة ^(١) ، ويبدو أن هدا يرجع إلى خطورة وقف تنفيذ الحكم وما يمثله من نيل من حجية الحكم ، ومساسر بما يتمتع به من قوة تنفيذية . ولعل تلك الخطورة اقتضت حتى يبسط قاضى الطعن رقابته عليه ، ويحيط بمختلف جوانب موضوع الطعن والتنفيذ أن يقرن الإثبات ، فيصرهما معا بما لكل منهما من تأثير على الآخر ، فيثبت القاضى من خلال اجتماعهما من أن طلب وقف التنفيذ ليس بقصد اعاقه الحكم ، أو تعطيل تنفيذه بغير مقتضى . أما من ناحية الشروط الموضوعية ، فإنه يتطلب من جهة ضرورة أن يترتب على تنفيذ الحكم نتائج يتعذر تداركها إذا قضت محكمة الطعن بإلغاء الحكم ^(٢) . ويستلزم من جهة أخرى وجود أسباب جدية فيما استند إليه ذو الشأن يترجح معها إلغاء الحكم المطعون فيه ^(٣) .

ومن الجدير بالإشارة إن استحالة التنفيذ ، وفقا لتلك الحالة ، لا تقتصر على الفترة التى سبقت صدور الحكم المطعون فيه فحسب ، وإنما تمتد أيضا إلى تلك اللاحقة له على خلاف الحالة السابقة . هذا ينبى أنها حالة عارضة غير دائمة ، إذ تظل قائمة طيلة مدة قابلية الحكم للطعن ، وتحدد نهايتها بأحد أمرين: إما نفاذ مدة الطعن التى بفواتها دون اجرائه يصبح الحكم نهائيا ، ويكون واجب التنفيذ ، وإما بصور حكم نهائى من محكمة الطعن بإلغاء الحكم المطعون فيه . حالئذ تتحلل الإدارة من تنفيذه ، أو بتأييد هذا الحكم . وهنا تعود للحكم قوته التنفيذية ، ويصير واجب التنفيذ ، وبذلك يكون عدم تنفيذه مبررا لطلب الحكم بفرامة تهديدية للقضاء على ممانعة الإدارة أو عنتها فى التنفيذ .

(٣) إلغاء الحكم من محكمة الطعن :

٧١ - إن هذه الحالة من البداهة بحيث لا تستأهل أن يطول المكث فيها،

C.E. 29 janvier 1986. Rodia. Rec. p. 22. R.F.D. Ad. 1986. Concl. (١)
Dutheillet de lamothe.

C.E. 28 juin 1988. Ministre du budget c/ contamin. Rec. p. 957. (٢)

C.E 26 février 1982. Dme Marcante. Rec: p. 91 (٣)

اذ بالإلغاء ينعدم الإلتزام بالتنفيذ ، ويثور طلب الغرامة التهديدية للإجبار على تنفيذه لأمحل له لأنه يرد على معدوم على نحو يقتضى رفضه ^(١) .

وتطبيقا لذلك رفض مجلس الدولة طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ حكم الغنى فى الإستئناف . فى دعوى تلخص وقائعها فى أن ذا الشأن أقام طعنا أمام المحكمة الإدارية فى القرار الصادر بفصله ، وقضت المحكمة فعلا بإلغاء هذا القرار ، فما كان من الإدارة إلا أقامت طعنا عليه بالإستئناف ، قضى فيه بإلغاء الحكم . فى هذه الأثناء تقدم الطاعن بطلب أمام مجلس الدولة للحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ حكم الإلغاء الصادر من محكمة أول درجة . ولكن المجلس رفض الطلب تأسيسا على أنه لاحق للطاعن فى أن يجبر الإدارة على تنفيذ حكم لوجه لتنفيذه نظرا لانتهاه وجوده بحكم الإستئناف ^(٢) .

وتكشف هذه الحالة عن اتجاه مجلس الدولة فى التفرقة فى أحكامه المتعلقة بطلبات الغرامة التهديدية بين الحكم برفض الطلب ، والحكم بألا محل له . إذ فيصل التفرقة على نحو مايبين من أحكامه ، أن الحكم بألا محل لا يصدر إلا حالة تنفيذ الحكم فحسب . أما غير ذلك من الحالات يكون الحكم هو الرفض مالم تتوافر بالطبع حالة من حالات قبوله . ولأن الحالة التى بينن أيدينا لا تتصل بالتنفيذ ، وإنما هى حالة من حالات استحالة حدوثه باعتباره سيرد على معدوم ، لذا كان حكم المجلس بشأنها هو الرفض لا الحكم بألا محل للطلب .

ثانيا : الإستحالة الواقعية للتنفيذ :

٧٢ - استحالة تنفيذ الحكم هنا ترجع إلى حدث أو واقعة خارجة عن

(١) C.E. 27 novembre 1985. Ginder. Rec. p. 738.

(٢) C.E. 23 juin 1995. Khelifa. J.C.A. 1997. P. 30.

C.E. 25 octobre 1995. Mme Plissonnier. J.C.A. 1997.

C.E. 3 juillet 1993 P 30 M Bertin J.C.A 1997 P. 30

نطاق الحكم . فهي بمثابة عارض يقطع الإتصال بين الحكم وبين تنفيذه . أما أن يرجع إلى شخص أو يعود إلى ظروف عاصرت صدور حالك دون تنفيذه . والأولى لطبيعتها يمكن أن نطلق عليها الإستحالة الشخصية . والأخرى لذاتية مانتصف به يمكن أن تسمى بالإستحالة الظرفية .

(١) الإستحالة الشخصية :

٧٣ - تواجه تلك الحالة استحالة تنفيذ الحكم الراجعة أساسا إلى المحكوم لصالحه ، وهذا ليس معناه أنه بفعله أحال التنفيذ إلى إجراء مستحيل ، وإنما يعني أن ظروفها تتعلق به أفضت إلى استحالة تنفيذ الحكم ^(١) . والمثل البارز فى قضاء مجلس الدولة فى هذا الشأن هو بلوغ الموظف المحكوم بإلغاء فصله سن المعاش ، فتنفيذ هذا الحكم يعد إجراء مستحيلا ، مما يقتضى رفض طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ بإعادته إلى وظيفته ^(٢) .

ومن وجهة أخرى قضى مجلس الدولة برفض طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ حكم لمحكمة باريس الإدارية الصادر بشأن قرار وزير الداخلية بإسناد بعض الوظائف الإدارية لأحد مفتشى البوليس . وذلك على اعتبار أن هذا الأخير قد بلغ السن القانونية للتقاعد ، مما ينبئ أن اسناد تلك الوظائف إليه كمقتضى لتنفيذ حكم المحكمة الإدارية يعد إجراء مستحيلا . مما يقتضى اعتبار طلبه بالحكم بالغرامة لحمل الإدارة على التنفيذ غير مقبول ^(٣) .

(٢) الإستحالة الظرفية :

٧٤ - قد يكون مرد تلك الإستحالة إلى ظروف غير عالية أجدر بالرعاية لا يكون أمام الإدارة مناص من إثارها على تنفيذ الحكم . أو مرجعها

GABOLDE (ch.):procEDURE des Tribunaux administratif et des cours administratives d'appel. Paris. Dalloz. 5^e edition. 1991. P. 410. ^(١)

C.E. 27 mars 1987. Mme Laulaney. R.D.P. 1987. P. 1388. ^(٢)

C.E. 6 mai 1988 Bellot. Rec: p. 884 G.P. 1988. P. 148. ^(٣)

سبب أجبى لم تستطع دفعه حال بينها وبين تنفيذه . أو بعلق لأمر حكم وقف تنفيذ قرار بلغ تنفيذه منتهاه

أما عن استحالة التنفيذ لتهديده للنظام العام : فالقضاء مستقر على أنه حين يترتب على تنفيذ الحكم إخلال خطير بالصالح العام يتعدى تداركه كحدوث فتنة أو تعطيل سير مرفق عام ، أو تهديد للنظام ، فيرجح حالئذ الصالح العام على الصالح الفردي الخاص^(١) . وهذا يكون من اثره استحالة التنفيذ ، ورفض طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة عليه^(٢) . كما قضى مجلس الدولة بعدم قبول طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الإدارية بإلغاء قرار طرد أحد الرعايا الجزائريين المقيمين

(١) المحكمة الإدارية العليا : ٢٣ ديسمبر ١٩٦١ الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٤٥ القضائية . الموسوعة الإدارية الحديثة . الطبعة الأولى ١٩٨٦ - ١٩٨٧ . الجزء الرابع عشر . ص : ٤٩٣ .
المحكمة الإدارية العليا : ١٠ يناير ١٩٥٩ . الطعن رقم ٧٢٤ لسنة ٣ القضائية . مجموعة السنة الرابعة . ص : ٥٣٣ .

(٢) وإذا كان عدم التنفيذ هنا لتلك الظروف يلزم الإدارة بتعويض المحكوم لصالحه على أساس المخاطر لا الخطأ باعتبار أنها لم ترتكب خطأ ، إذ هي مدفوعة إلى عدم التنفيذ بحكم الظروف القاهرة التي تقضى بها اليه مما ينفى عن تصرفها شائبة الخطأ ، نقول إذا كان ذلك كذلك فإن جانباً من الفقهاء يرى أن التعويض هنا لا يتقرر على أساس المخاطر ، وإنما على أساس الخطأ ولكنه على نحو مايقول ... خطأ من نوع خاص ، وذلك لأن التزام الإدارة بتنفيذ الأحكام القضائية هو التزام يسمو على اعتبارات الصالح العام لكونه هو في ذاته يعد تعبيراً على الصالح العام . وبالتالي فإن واجب الإدارة الأول هو تنفيذ الأحكام ، وعدم تنفيذها على أى نحو يمثل ركن الخطأ الموجب للتعويض بتوافر عناصره الأخرى ، فإذا ما أصدرت الإدارة قرارها بهدف تعويق حجية الشئ المقضى به تحت أى اعتبار فإن الخطأ يستفعل ويزداد جسامته " .

حمدي ياسين عكاشة : الأحكام الإدارية في قضاء مجلس الدولة المرجع السابق . ص ٤١٠

على الأراضي الفرنسية بسبب استحالة تنفيذ هذا الحكم نظرا لما يمثلته وجوده
بفرنسا من تهديد للنظام العام ^(١) .

أما عن الإستحالة التي لاتعزى إلى خطأ الإدارة ، وإنما إلى سبب أجنبي
جرى رغم تحوطها بشكل استحال معه تنفيذ مقتضى الحكم ^(٢) . ولو شئنا مثلا
على ذلك نمثل بفقد الإدارة لبعض الوثائق الإدارية قضى حكم المحكمة الإدارية
بالغاء قرار الإمتناع عن تسليمها الى ذى الشأن . ولكن لم تستطع الإدارة تنفيذ
هذا الحكم لأن الوثائق المطلوبة فقدت رغم ثبوت اتخاذها لكافة الإحتياطات
الممكنة للحيلولة دون ذلك ، وإذا كان المحكوم لصالحه قد طلب الحكم بغرامة
تهديدية ضدها لإجبارها على تسليمه الوثائق المطلوبة تنفيذا لحكم الإلغاء ،
فإن مجلس الدولة رفض الحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على أن تقدم
لصاحب الشأن الوثائق المفقودة لإستحالة حدوثه ^(٣) .

وأخيرا في بعض الحالات يمكن أن يكون سبب استحالة التنفيذ تامامه
واقعيه ، ويحدث هذا على وجه الخصوص في حالة طلب الحكم بغرامة تهديدية
للإجبار على تنفيذ حكم بوقف تنفيذ قرار ادارى ، ويكون هذا الأخير من ناحية
الواقع قد نفذ فعلا . كأن يطلب ذو الشأن من مجلس الدولة توقيع غرامة تهديدية
على الإدارة لإجبارها على تنفيذ حكم بوقف تنفيذ قرارها بمنح رخصة بناء
عقار معين ، ولكن تبين أن أعمال البناء قد انتهت وتم تشييد المبنى تاما ^(٤) .
في هذه الحالة يرد الوقف على معدوم ، إذ بتمام الأعمال المرخص بإقامتها
يكون من المستحيل تنفيذ حكم الوقف ويكون طلب الغرامة التهديدية مرفوضا
بالتبعية ^(٥) .

C.E. 15 janvier 1996, Guedili et autres. Rec: p. 1112. (١)

C.E. 25 novembre 1988. Coz. R.D. Ad. 1989. No:1. (٢)

C.E. 24 janvier 1993. Dubois. J.C.A. 1997. P. 31. (٣)

C.E. 29 décembre 1993. M.Pennelle. J.C.A. 1997. P. 31 (٤)

C.E. 19 février 1996. Mme: Goyon. J.C.A. 1997. P. 31. (٥)

المطلب الثاني

الشروط المتعلقة بالإخلال بتنفيذ الحكم الإداري

تمهيد وتقسيم :

٧٥ - أن ثمة حالات للإخلال بالتنفيذ ، تعكس شروط إحداث أثره في الحكم بالغرامة التهديدية . تأخذ حيناً شكل الإمتناع الإرادي عن التنفيذ . سواء تمثل هذا الإمتناع في قرار صريح صدر حاملاً مضمونه ، أو أدرك من طول صمت الإدارة عن اتخاذ أى إجراء ينم عن رغبتها في التنفيذ ، أو من اتخاذها لموقف يدل دلالة واضحة لتعارضه مع منطق الحكم برفضها للتنفيذ ، مما يمثل قراراً ضمناً بالإمتناع عنه أيضاً ^(١) . ويتجلى حيناً آخر في الإهمال فسى التنفيذ أو التنفيذ المعيب للحكم . هي هنا لا تنتكر للحكم ، ولا تجحده أو تنأى على تنفيذه ، وإنما على العكس تقوم رغبة في إجرائه ، ولكن الخطى التى تسلكها فى شأنه ، والسبل التى تتبعها ، تؤكد أنها لن تنفذه على النحو المقضى قانوناً . إذ تجريه تارة ناقصاً أو جزئياً ، وشرط لصحته أن يكون كاملاً ، أو تلعب تارة أخرى على حبال المهل والتسويق فتأتيه بعد حين متأخراً ، وشرط سلامته أن يتم خلال مدة معقولة .

إن فى إطار هاتين الحالتين تتعدد صور الإخلال بالتنفيذ ، وتتوسع أشكاله ، ويتوجب توافر شروط لتكون جميعاً مناطاً للحكم بالغرامة التهديدية ،

-
- (١) فى حكم ظاهر الدلالة على ما أوردناه بالمتن قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه ... وقد استقر القضاء الإدارى منذ انشائه على أن امتناع المحكوم ضده الإرادى العمدى عن تنفيذ الحكم قد يتضمن قراراً صريحاً أو ضمناً بالإمتناع عن تنفيذ الحكم مما يجوز طلب الغائه ووقف تنفيذه ، كما يجوز طلب التعويض عنه ، فهى كلها أدوات قررهما القانون لإجبار المحكوم ضده على التنفيذ .
- المحكمة الإدارية العليا : ٢٥ مارس ١٩٨٩ . الطعن رقم ١١٧٢ لسنة ٣٥ القضائية . مجموعة السنة الرابعة والثلاثين . الجزء الثانى . ص : ٧٨٦ .
- المحكمة الإدارية العليا : ٢٦ مارس ١٩٨٨ . الطعن رقم ٢٩٤٥ لسنة ٣١ القضائية . مجموعة السه الثالثة والثلاثين . الجزء الثانى ص ١٢١١

ورغبة في أن نجمع شتاتها بشكل يمكن من يسر البحث فيها ، فإنه يمكن حصرها تحت هاتين الحالتين : الإمتناع الإرادى عن التنفيذ ، والتنفيذ المعيب للحكم .

الفرع الأول

الإمتناع الإرادى عن تنفيذ الحكم الإدارى

تمهيد :

٧٦ - لايعنى الإمتناع الإرادى عن التنفيذ مجرد رفض الإدارة تنفيذ الحكم ، وإنما هو يعكس اصرارا وتصميما على عدم تنفيذه . وهذا القصد الأثم يصم تصرفها بعدم المشروعية لامحالة ، ولايندرء عنها الجزاء المترع بأنها قد استهدفت بالإمتناع المقصود تحقيق مصلحة عامة ، أو على الأقل لم تكن مدفوعة بشأنه بدوافع شخصية توقع بها فى حومة مخالفة القانون . فذلك الزعم لايمكن أن يكون مسوغا لعدم تنفيذ الحكم ، أو مبررا لها لانتهاك ماله من حجية . بل،وعلى فرض صحته ، فإنه يمكن دفعه بأن تحقيق المصلحة العامة لايمكن أن يكون سبيله النبل من حجية الأحكام ، كما لايمكن تحقيق المصالح باتتباع السبل غير المشروعة ، إذ أن نبل الغاية لايببر مطلقا عدم مشروعية الوسيلة ^(١) .

ومهما يكن من أمر تلك المسألة ، فإن للإمتناع المقصود عن التنفيذ صورتين ، فيصل التفرقة بينهما طريقة التعبير عنه : الإمتناع الصريح ، والإمتناع الضمنى بتعدد مظاهره . لنرى نطاق وأثر كل منهما على الحكم بالفراة .

(١) محكمة القضاء الإدارى : ٣٠ مايو ١٩٥٢ . الدعوى رقم ٣٤٥ لسنة ٥ القضائية . مجموعة السنة السادسة . ص : ٩٠٥ .
محكمة القضاء الإدارى : ٢٩ يونيو ١٩٥٠ . الدعوى رقم ٨٨ لسنة ٣ القضائية . مجموعة السنة الرابعة . ص : ٩٥٦ .

أولا : الإمتناع الصريح عن التنفيذ

٧٧ - يتجسد امتناع الإدارة هنا في صدور قرار صريح بحظر رفض تنفيذ الحكم . ولوضوح دلالة هذا القرار على معناه ، تمثل تلك الحالة الجرم المشهود الذى تقتضيه الإدارة فى نطاق تنفيذ الأحكام الإدارية فهى لاتدع مجالا للشك فى عصيانها للحكم ، ومجاهرتها بالخروج عليه . ولذا نادرا ما تلجأ الإدارة إلى ذلك السبيل لتعبر عن ارادتها فى عدم التنفيذ ، لاسيما بعد صدور قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ بشأن الغرامة التهديدية ، وما استتبعه ذلك من صدور أوامر رئيس الوزراء إلى جميع الجهات الإدارية من خلال أعضاء حكومته ، بضرورة احترام أحكام للقاضى الإدارى والعمل على تنفيذها بشكل فعال وسريع (١) .

ولكن رغم ندرة الحوادث التى جرت تطبيقا لتلك الحالة ، ومانجم عنها من قلة الأحكام فى شأنها ، يمكن القول بأن هناك عددا من الشروط تستلقت النظر من خلال منطوقها ، تعكس نظام انطباقها ، وتبين عن آلية اعمالها ، لازم توافرها حتى يترتب على القصد أثره ويستوجب الحكم بالغرامة هى :

(١) ألا توجد قوة قاهرة أو حدث فجائى يفضى إلى الإمتناع عن التنفيذ :

٧٨ - لأن كان الرأى الغالب على أن القوة القاهرة والحدث الفجائى شيئا واحدا (٢)، فإن هذا المعنى ينصرف إلى كل ظرف استثنائى شاذ ينصف من حيث مصدره بأنه من فعل الطبيعة أو خطأ إنسانى . ويتميز من ناحية طبيعته بعدم القدرة على توقعه ، وعدم الاستطاعة حال وقوعه على دفعه . وإذا كان هذا الحدث يستقر كأصل عام على نظرية الضرورة القاسم المشترك لكل ظرف استثنائى يفضى إلى تحال الإدارة من التزامها بتنفيذ الأحكام . ويبرر صراحة امتناعها عن اجرائه ، فإنه يستقر فى ترتيب هذا الأثر على

J.C.P 1988 - 3 - 2008

(١)

(٢) أ.د. توفيق فرج : دروس فى النظرية العامة للإلتزام اسكندرية مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٨٠ الجزء الأول (مصادر الإلتزام) ص ٢٨٤-٢٨٥

قانون الغرامة التهديدية ذاته . فالمادة الرابعة منه تحول دون تصفية الغرامة التهديدية المحكوم بها اذا ثبت للقاضي أن عدم تنفيذ الحكم كان راجعا إلى قوة قاهرة أو حدث فجائي ، بما مفاده أن هذا الحدث لا يحول دون تصريح الإدارة بامتناعها عن التنفيذ ^(١). ولعل هذا مايدلل عليه المفوض Pauté فى تقريره القيم فى قضية السيدة Menneret أن قانون الغرامة قد أعطى لمجلس الدولة امكانية الغاء للغرامة التهديدية حال تصفيتيها ، إذا تحقق لديه توافر ظرف غير عاى أو ضرورة أفضت إلى رفض الإدارة تنفيذ الحكم الصادر فى مواجهتها ^(٢). ذلك أنه بوقوع هذا الحدث ينتفى عن امتناع الإدارة ركن القصد ، وتختفى معه الإرادة الواعية التى تبصر من خلالها حقيقة ما تقدم عليه من تصرف ، ويسوقها الطرف غير العاى ، ويدفعها دفعا إلى حومة انتهاك الحجة . ولعل هذا ما عبرت عنه محكمة القضاء الإدارى فى أوليات أحكامها بقولها يشترط الا يكون للإمتناع أو للتأخير فى التنفيذ ما يبرره من قوة قاهرة ك وفاة رئيس الجمهورية التى تؤدى إلى تعطيل صدور القرار الجمهورى اللازم لتنفيذ الحكم ^(٣).

(٢) ألا يكون قد حدث تغيير فى المركز القانونى أو الواقعى للمحكوم لصالحه:
٧٩ - يحدث فى بعض الحالات لاسيما فى منازعات الأجانب أن يحدث تغيير فى مركز الطاعن فى الفترة البينية من قامة طعنه إلى صدور الحكم أو تلك اللاحقة له والسابقة على التنفيذ ، فيفضى إلى إعاقلة الإدارة صراحة عن إجرائه ^(٤). والحق أن القضاء هنا هو الذى ييسر للإدارة هذا الإمتناع حين

(١) BON (P.) : un progrès de L'Etat de droit : la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à L'exécution des jugements par la puissance publique . R.D.P. 1981. P. 5.

(٢) PAUT (J.M) : Conclusions sur C.E 17 mai 1985 – Mme Menneret. R.F.D. Ad. 1985. P.482.

(٣) محكمة القضاء الإدارى : ٩ ابريل ١٩٧٣. الدعوى رقم ١٠٣ ، ١٤١٩ لسنة ٢٥ القضائية . مجموعة السنة السابعة والعشرون . ص : ٢١٢.

(٤) Rapport public 1996 sur le princip de l'égalité. E.D.C.E. No : == (٤)

إجرائه^(١) . والحق أن القضاء هنا هو الذي يبرر تلامذة هذا 'الإمتداع' حين يقرر حكمه كما فعلت محكمة باريس الإدارية حاز العرف قرار مدير بوليس باريس بطرد الطاعن واقتياده إلى الحدود . فقد وجهت أمرا إلى الإدارة بتسليمه ترخيص الإقامة كإثر لإلغاء القرار بشرط ألا يكون قد وقع منه مساوئين صدور قرار الطرد وحكم الإلغاء ما يستوجب الرفض صراحة^(٢) . كما قضى بأن حكم الغاء قرار رفض تسليم أحد المجرمين بناء على طلب أحد الدول الأجنبية أن لا يحظر على الإدارة رفض التسليم مرة أخرى إذا حدث تغيير في الظروف القانونية أو الواقعية تقتضي الرفض صراحة^(٣) . ولقد عرضنا في شأن ذلك لعديد من الأمثلة مما لاتعن الحاجة معه للإستشهاد بها مرة أخرى .

(٣) ألا تكون الإدارة قد بدأت التنفيذ قبل الحكم بالغرامة :

٨٠ - لا تثريب على الإدارة إذا امتنعت صراحة عن التنفيذ ، ثم عدلت عن ذلك واتخذت الخطوات اللازمة لحدوثه بعد تقدم المحكوم لصالحه بطلب الحكم بغرامة تهديدية لحملها عليه . فهذا العدول يشفع لها في ألا تخضع للتهديد المالي^(٤) . ولا يتطلب مجلس الدولة تمام التنفيذ حتى لا يؤول الإمتناع أثره في الحكم بالغرامة . وإنما يكفي أن يتخذ من الإجراءات ما يعكس رغبته الجادة في التنفيذ^(٥) ، ويخضع تقدير مدى جدية لقاضي الغرامة ، وهذا يعكس نظرة مجلس الدولة للغرامة التهديدية بأنها ليست جزاء عن حرق حدث لازم

= 48. P. 352.

TA. Paris 10 novembre 1995. Goumeziane. R.F.D. Ad 1996. P. (٢)
352.

C.E 4 juillet 1997 Leveau. Rec. p. 282.

C.E. 4 juillet 1997. Epoux Bourojak. Rec: p. 278.

C.E. 29 juillet 1994. Saniman. Rec: p. 367. (٣)

C.E. 15 novembre 1985 proust. R.D.P. 1986. P 1185. (٤)

C.E. 13 juin 1984 Association. S.O.S. Defense: Lombard R.D.P.

1985 Note Drago.

C.E 10 février 1984. Mlle Singer Rec p 712 (٥)

إيقاعه منجر . حدوثه . وبما هي سبيل لتحقيق غاية متى تبنت دلائل تحصيلها . فلا حاجة للإلتجاء اليها . ولذلك اعتبر مجلس الدولة مجرد اتخاذ جامعة رن إجراءات توفير المعامل والإمكانات الإدارية والمالية للطاعن بمثابة تنفيذ لحكم محكمة رن الإدارية بإلغاء رفض رئيس الجامعة ذلك ، وعدولا عن امتناعه عن تنفيذ هذا الحكم يستوجب رفض الحكم بالغرامة التهديدية ضد الجامعة ^(١) . بل يكفي في بعض الحالات مجرد أن تعلن الإدارة عن نيتها في التنفيذ شريطة أن تتخذ موقفا له دلالته الواضحة على ذلك . ألغت محكمة Saint – Denis de la Réunion الإدارية قرارا لعمدة لعمدة Saint – Marie de la Réunion السيدة Céliane ولكن رفض العمدة إعادتها إلى وظيفتها كمقتضى لتنفيذ هذا الحكم ، مما اضطرها إلى طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجباره على التنفيذ ، وعلى اثر ذلك أرسل اليها خطابا يطلب حضورها إلى مقر العمدية لاتخاذ إجراءات إعادتها إلى ذات وظيفتها ، غير أنها لم تكثرث بذلك ، مما دعا مجلس الدولة إلى رفض طلبها معلنا أنه من خلال تلك الظروف نبين أن إرادة الإقليم كانت واضحة في تنفيذ الحكم مما لا يكون معه محل لقبول طلب الحكم بغرامة تهديدية ضده ^(٢) .

والحق أننا لا نؤيد مذهب مجلس الدولة على الإطلاق، إذ ليس بمجرد اعلان الرغبة في التنفيذ يتحقق التنفيذ ، وإنما كان لزاما أن ينتظر إثبات حسن النوايا بإجراء التنفيذ فعلا ، أو اتخاذ خطوات ايجابية في شأنه ، لثبوت صدق رغبة الإدارة من عدمه ؛ حتى لا يكون إظهار الرغبة في التنفيذ حيلة لتفادى بها الحكم بغرامة تهديدية عليها ، تعود بعدها لتماطل في التنفيذ أو تعلن الإمتناع صراحة من جديد عنه . وهذا على خلاف الوضع بشأن اتخاذ الخطوات الإيجابية لإجرائه ، إذ يتجاوز الأمر بصدها مجرد اعلان حسن النوايا ، لينتقل الى حيز التنفيذ الفعلي ببدء إجراءاته القانونية . مثل ذلك ماقتضت به

(١) C.E. 31 octobre 1984, Melki. R.D.P. 1985. Note: Drago.

(٢) C.E. 8avril 1994. Mme Céliane Balazi. J.C A. 1997. P 32

C.E. 28 mai 1986. Sté Notre – Dame des Fleurs. Rec P 151

محكمة Clermont الإدارية التي ألغت قرارا لإحدى اللجان النقابية لأحد أقسام الإقليم ببيع قطعة أرض تابعة له . ولكن المجلس البلدى لم يعبأ بالحكم ، وأعلن رفضه الإتصاع له بتسديده على قرار البيع . وعلى اثر تقديم طلب للحكم بغرامة تهديدية ضد الإقليم لإجباره على التنفيذ ، عدل المجلس البلدى وبدأ فى اتخاذ اجراءات ودية مع المشتري لم تفلح ، فاضطر إلى اتخاذ الإجراءات القضائية برفع دعوى مدنية أمام محكمة Riom الابتدائية للفصل فى الغاء البيع، واتخاذ هذه الإجراءات يقطع بأن التنفيذ تعدى مرحلة النوايا ودخل فى طوره الفعلي . وهذا دفع مجلس الدولة إلى رفض طلب الحكم بالغرامة التهديدية ضد الإقليم^(١)

ثانيا : الإمتناع الضمنى عن التنفيذ :

٨١ - قد تواجه الإدارة تنفيذ الحكم بالصمت ، تلوذ به حيناً بشكل يتأكد منه رفضها القيام به . وقد تجابهه بقرار أو إجراء مضاد يشف عن رغبتها المتعمدة فى عدم اجرائه . فى كلتا الحالتين يتجسد امتناعها الضمنى عنه .

(١) الإمتناع الضمنى بتجاهل الحكم :

٨٢ - حال أن تواجه الإدارة الحكم بالسكوت أو الصمت لمدة اربعة أشهر ، فإن هذا يمثل قرارا ضمنيا بالإمتناع عن التنفيذ ، يستلزم مواجهته بأمرين : إقامة دعوى بإلغاء هذا القرار خلال شهرين من اعلانه ، وطلب الحكم بغرامة تهديدية للإجبار على التنفيذ . فإذا مضت هذه المدة دون أن يقيم المحكوم لصالحه دعوى الإلغاء فإن هذا معناه أن قرار الرفض يصير نهائيا مما لايعطيه الحق فى تقديم طلب الحكم بالغرامة ، على اعتبار أن نهائية الرفض تحول دون قبوله . وتلك مسألة سنعود إليها لاحقا . والحق أن لواء الإدارة بالصمت ، وارتكائها إلى السكوت فى مواجهة الحكم يعد أشهر أساليبها فى مقاومة التنفيذ . إذ فى الغالب تجد فيه وسيلة آمنة من لوم رأى العام . ولعل ما يؤكد ذلك أن غالبية حالات الإمتناع الإدارى عن التنفيذ تعد من هذا القبيل .

بل إن أول حكم لمجلس الدولة قضى فيه بغرامة تهديدية كان في شأن امتناع المجلس البلدي لإقليم Maisounais - sur Tirdoire صمتا عن أن يتخذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم محكمة ليموج الإدارية بإلغاء قراره الذي رخص للعمدة باتخاذ مايلزم نحو عدم تسجيل اسم السيد سيمون على النصب التذكاري للإقليم بشأن أولئك الذين ماتوا من أجل فرنسا . ولقد ظل المجلس البلدي صامتا لم يتخذ أى إجراء لتنفيذ هذا الحكم، وتسجيل اسم السيد سيمون باعتباره (مات من أجل فرنسا) مما اضطر مجلس الدولة بناء على طلب ابنته إلى الحكم بغرامة تهديدية ٢٠٠ فرنك يوميا إذا لم يتم تنفيذ حكم محكمة ليموج الإدارية خلال شهرين من اعلان المجلس البلدي بهذا الحكم وحتى تاريخ تنفيذه (١) .

مرة أخرى يتمتع إقليم Guadeloupe صمتا عن تنفيذ حكم محكمة Basse-Terre بإلغاء قرار مدير الإقليم بفصل رئيس الشئون الاقتصادية والمالية والميزانية للإقليم . وقد اعتبر مجلس الدولة أن عدم اتخاذ الإجراءات التي تقتضيه تنفيذ الحكم بإعادة المحكوم له إلى ذات وظيفته أو أخرى معادلة لها مع تسوية حالته امتناعا عن تنفيذ الحكم يستوجب الحكم بغرامة تهديدية ١٥٠٠ فرنك يوميا إذا لم يتخذ هذه الإجراءات خلال ثلاثة اشهر من اعلان هذا الحكم على أن يبدأ سريانها من اليوم الأول للشهر الرابع وتستمر حتى تمام التنفيذ (٢) .

ومرة ثالثة في ٥ مارس ١٩٨٦ ألغت محكمة بواتيه الإدارية قرارا للعمدة بفصل السيدة Bechet من عملها ، وعقب صدور الحكم اجتمع المجلس البلدي ، ولكنه لم يتعرض من قريب أو بعيد لهذا الحكم ، واستمر المجلس معرضا عنه لمدة طويلة اضطرت معها المحكوم لها بالتقدم بطلب الى مجلس الدولة للحكم بغرامة تهديدية لإلزام ادارة الإقليم بالتنفيذ . وأمام تلك الظروف قضى المجلس بالفعل بغرامة تهديدية ٣٠٠ فرنك يوميا ضد الإقليم إذا لم يتم تنفيذ حكم الغاء الفصل خلال شهرين من اعلان هذا الحكم تبدأ من اليوم الأول من الشهر الثالث

C.E 17 mai 1985. Mme Menneret Rec: p. 149. Concl. Pauti. D. (١)

1985. P. 583- note: Auby

C.E 17 janvier 1997 M. Jankly. J.C.A 1997 P 38

(٢)

وحتى التنفيذ^(١). كذلك قضت محكمة روار الإدارية بإلغاء قرار ضمنى لعمدة Vernon برفض طلب السيد Gourdain باتخاذ الأعمال اللازمة لسهولة الانتقال على أحد الطرق العامة التابعة للإقليم والمؤدية إلى قطعة أرض بملكها. غير أن العمدة لم يعياً بهذا الحكم ، مما اضطر المحكوم له إلى الإلتجاء إلى مجلس الدولة بطلب الحكم عليه بالتهديد المالى لحمله على التنفيذ ، وقبل المجلس هذا الطلب معللاً ذلك بأنه إذا كان يناط بالعمدة بصفته سلطة عامة بالحفاظ على المال العام للإقليم ، أن يتخذ من الإجراءات الضرورية ما يكفل حرية التنقل على الطرق الإقليمية . ونظراً لأنه لم يتخذ حتى تاريخ هذا الحكم أى إجراء يستلزمه أداء هذه المهمة ، ويقتضيه تنفيذ حكم محكمة روار الإدارية . فإن هذا يعد مبرراً كافياً للحكم على الإقليم بغرامة تهديدية ١٠٠٠ فرنك يومياً إذا لم يتم التنفيذ خلال شهرين من اعلان هذا الحكم^(٢) هذا إلى أن امتناع وزير الزراعة عن إصدار القرارات اللاتحبة اللازمة لتنفيذ قانون ١١ يناير ١٩٨٤ بشأن الوظيفة العامة فى نطاق وزارته تنفيذاً للحكم الصادر بإلغاء هذا القرار الضمنى ، أفضى بمجلس الدولة إلى الحكم على الدولة بغرامة ألف فرنك إذا لم تنفذ حكم الإلغاء وتتخذ الإجراءات اللاتحبة خلال ستة أشهر من اعلان هذا الحكم^(٣).

ولئن كانت الأمثلة على ذلك عديدة ، مما لا يخرج بمدلوله عما ذكرنا ، فإن ما يجمع بينها أمران : أن رفض التنفيذ واضح جلى إن لم يكن بصريح الإجراء ، فبدلالة الحال . وأنه ممتد لا يقطع امتداده إلا تدخل مجلس الدولة بالحكم بالتهديد المالى بما مفاده أنه لولا هذا الإجراء لاستمرت ممانعة الإدارة

C.E 15 avril 1988. Mme. Bechet. Rec: p. 884. (١)

C.E 10 janvier 1996. M.Gourdain. J.C.A. 1997. P. 38. (٢)

C.E 15 octobre 1986. Mme. Leroux. Rec: p. 231. R.F.D. Ad. 1987

P. 240. Note: Morand. Deviller.

C.E 11 mars 1994. M.Soulat. Rec: p. 115. A.J. 1994. P. 388 concl: (٣)

Denis – linton

إلى اجز غير معلوم ^(١) .

(٢) الإمتناع الضمني بطريق القرار المضاد للحكم :

٨٣ - يمثل هذا الطريق تعارضا بين منطوق الحكم ومضمون القرار الذى تواجه به الإدارة تنفيذه . كأن يصدر حكم بإلغاء فصل موظف ، ونظرا لأن تنفيذ هذا الحكم يقتضى إعادته إلى وظيفته ، وهى لا ترغب فى ذلك ، فتعتمد الى الغاء هذه الوظيفة حتى تتخلص منه ، أو تلغى المحكمة قرارها برفض منح الطاعن ترخيص اقامة ، فتواجه هذا الإلغاء بإصدار قرار آخر بطرده من البلاد . وحتى يحدث الإمتناع عن التنفيذ أثره فى الحكم بالغرامة فإنه يجب ألا يكون هناك عذر من ضرورة أو تغيير فى مركز الطاعن قد اضطر الإدارة إلى اتخاذ هذا الموقف ، وإنما يلزم أن تكون مدفوعة اليه برغبة فى تحد أمر القضاء ، وامتناع دون وجه حق عن التنفيذ . ولعل هذا مادفع مجلس الدولة إلى القول بأن القرار الصادر بإلغاء وظيفة للتخلص من شاغلها بعد الغاء قرار فصله ، لا يمكن أن يعفى الإدارة من تنفيذ حكم الإلغاء ، واتخاذ مايلزم لإعادة الموظف المفصول إلى وظيفته مع تسوية حالته ابتداء من تاريخ صدور قرار الفصل ، وأن القرار الذى أرسلته الإدارة إلى الموظف بأنه لا يمكن إعادته إلى وظيفته ، نظرا لإلغائها بمقتضى قرار المجلس البلدى يعتبر مشوبا بعيب الإتحراف بالسلطة ^(٢) . وهذا بدوره ينهض مبررا لطلب الحكم بغرامة تهديدية لحمل الإدارة على تنفيذه ^(٣) . وتكليلا على ذلك ألغى مجلس الدولة قرار وزير التعليم المتضمن قائمة بأولئك الكفاء الذين وقع عليهم الإختيار

HUBAC (S) et SCHOETT (J.E): chronique générale de ^(١) jurisprudence administrative française. A.J. 1985. P. 401.

C.E 29 juillet 1994. M. Stradella et autre. J.C.A. 1995. P. 2. ^(٢)

C.E 4 novembre 1994. Mme Leportier. J.C.P. 1995 - 2 - 22588. ^(٣)

C.E 15 decembre 1993. Mme Bastien. Rec: p. 972.

C.E 14 janvier 1987. Mme Loucoin. Rec: p 5

تشغل الوظائف الإستشارية بالإدارات المدرسية والجامعية ، نظرا لأن القرار استبعد الطاعن بطريقة تحكمية رغم ما يتميز به من كفاءة وخبرة فائقة وقد كان تنفيذ هذا الحكم يقتضى إصدار قرار جديد بإعداد قائمة أخرى يدرج فيها اسم المحكوم لصالحه . غير أن عدم رغبة الإدارة فى الإستعانة به ، أفضت إلى تجاهلها هذا الحكم ، وأعدت بالفعل قائمة جديدة للعمل بها من أغسطس ١٩٩٥ . ولكنها لم تتضمن اسم المحكوم له أيضا . اعتبر مجلس الدولة هذا امتناعا ضمينا عن تنفيذ الحكم أفضى إلى أن يقتضى مجلس الدولة ، وبناء على طلب المحكوم له ، بغرامة تهديدية ٥٠٠ دينار يوميا ضد الدولة حتى يتم تنفيذ هذا الحكم ^(١) .

الفرع الثانى

التنفيذ المعيب للحكم الإدارى

تمهيد :

٨٤ - تختلف تلك الحالة عن السابقة عليها فى أن الإدارة لامتنع عن التنفيذ ، ولا تنكر له ، وإنما على العكس تتولى اتخاذ اجراءات وضع الحكم موضع التطبيق العملى . غير أنها وهى تفعل ذلك يكون فعلها معيبا لا يتفق وما ينبغى أن يكون عليه التنفيذ المقتضى قانونا . فإذا كان هذا الأخير يتوجب أن يتم كاملا ، فإنها تخالف ذلك وتؤديه ناقصا أو جزئيا ، وإن كان يستلزم أن يجرى فى مدة معقولة ، فإنها تخرج فى القيام به عن حدود المعقولية الزمنية ، وتأتيه متأخرا بشكل إن لم تضيع معه الفائدة المرجوة منه ، فإنه على الأقل يوهن من أثره .

ومن هنا إذا كانت الإدارة فى الحالة السابقة قد أخلت بالتزامها بالتنفيذ،

فإنها في تلك الحالة قد تقاعست عن أداء التزامها بالتنفيذ الحسن ، أى التنفيذ الكامل المجبر .

أولا : التنفيذ الجزئى للحكم :

٨٥ - لا تتعدى مهمة الإدارة تنفيذ الحكم بالشكل الذى صدر عليه ، إذ يحق لها أن توضع ماقضى به لتقديرها ، أو تقتت بمشيتها مضمونه . فتختار بمحضها مايناسبها منه ، فتجرب تنفيذه . وتترك الآخر إعراضا فلا تعمل مقتضاه . وإنما لابد أن تمثل له كاملا مضمونا وأسبابا جوهرية ولا عد ذلك منها افتئاتا على حجة مالم تنفذ منه ، وإنكارا لما رفضت تنفيذه مما قضى به . وهذا لاشك يعنى تخلا فى أخص شئون القضاء ، وبغيا على مجأ فصل السلطات الذى يحظر على أى سلطة التدخل فى عمل القضاء أو تعطيل أحكامه (١) .

ويأخذ التنفيذ الجزئى المذكور فى قضاء الغرامة التهديدية أشكالا ثلاثة

(١) التنفيذ الناقص للحكم :

٨٦ - يقوم التنفيذ الناقص مقام عدم التنفيذ من حيث أثره فى الحكم بالغرامة التهديدية . إذ يحكم بها القاضى لإكراه الإدارة على تنفيذ ما تبقى من الحكم ؛ لأن هذا الأخير يعكس رفض الإدارة لتنفيذه ، ويعنى امتناعها الصريح عنه ، فتسرى بشأنه ذات أحكام الإمتناع عن التنفيذ سالفة البيان . ولذا قضى مجلس الدولة بغرامة تهديدية ٣٠٠ فرنك يوميا على الإدارة حتى تمثل وتنفذ الحكم كاملا . فقد قضى بإلغاء قرارها بفصل موظفة متدربة بإحدى المستشفيات وإجالتها إليها لتصفية التعويض المستحق لها عن الفترة من تاريخ صدور قرار الفصل وحتى استلامها العمل فعلا تنفيذا لحكم الغاء الفصل . وبالفعل أعادتها إلى عملها ، ولكنها قدرت التعويض المستحق لها عن فترة غير تلك التى يقتضيها تنفيذ الحكم . إذ حددت تلك المدة بالفترة البينية من تاريخ صدور قرار

الفصل حتى حكم مجلس الدولة بإلغاء هذا القرار لا إلى وقت تسلم العمل فعلا .
اعتبر مجلس الدولة هذا تنفيذا جزئيا لحكم الإلغاء يستوجب الحكم بالغرامة
لإجبارها على استكمال التنفيذ ، بأداء التعويض عن الفترة المتبقية : من صدور
حكم الإلغاء وحتى إعادة الموظفة فعليا إلى ذات عملها (١) .

أجازت المادة ٣ من قانون ١١ يولييه ١٩٧٥ في حالة عدم تنفيذ حكم
مالي أو بوجه عام حكم بالإلزام معين ، تضاف إلى المبلغ المحكوم به فائدة
قانونية إذا لم يتم تنفيذ هذا الحكم خلال شهرين من اعلانه . وغالبا ما تتجاهل
الإدارة حال تنفيذها لأحكام الإلزام الصادرة في مواجهتها دفع هذه الفوائد
القانونية . وهنا يجب تنفيذها للحكم ناقصا ، مما يستتبع الحكم بغرامة تهديدية
لإجبارها على استكمال تنفيذه . وفي ذلك قضى مجلس الدولة بأنه إذا كانت
الإدارة قد اكتفت بأداء التعويض المحكوم به ، دون الفوائد القانونية المترتبة
على التأخير في تنفيذه ، فإن هذا يعني أنها لم تنفذ الحكم الا جزئيا مما
يستوجب الحكم ضدها بغرامة تهديدية ٥٠٠ فرنك يوميا حتى تقوم بدفع هذه
الفوائد (٢) .

وإذا كان التنفيذ للكمال لحكم الغاء قرار الفصل من الخدمة يقتضى
أمرين : إعادة الموظف المقصود إلى ذات وظيفته ، أو أخرى متماثلة معها ،
وتسوية حالته الوظيفية بأثر رجعي أى منذ صدور قرار الفصل ، فلبن الإدارة
إذا أعادت الموظف تنفيذا لحكم الغاء فصله دون تسوية حالته أو فطنت هذا
الأخير . ولكن لم تعده إلى ذات وظيفته ، فإنها تكون قد نفذت الحكم تنفيذا
ناقصا ، يستوجب الحكم بغرامة تهديدية لحملها على استكمالها (٣)

C.E 4 novembre 1996. Mlle. Kerbach. Rerc. p. 436. (١)

C.E 30 juin 1997. Philippon. Rec: p. 1022. (٢)

C.E 30 janvier 1994. Mme. Loubet. Rec. p. 172.

C.E 4 novembre 1994. Winter et autre. J.C.A. 1997. P. 38.

C.E 15 decembre 1993. Mme: Bastien. Rec: p. 972 (٣)

(٢) التنفيذ المشروط :

٨٧ - الإدارة هنا تقبل تنفيذ الحكم . ولكن بشروط تقيد مرر خلالها تنفيذه على النحو المقتضى قانونا . إذ هي ملزمة بذلك دون قيد ولا شرط . هنا لا يمكن القول بأنها لم تنفذ ، لأنه وفقا للسياسة القضائية لمجلس الدولة يكفى أن تعلن رغبةها فى التنفيذ حتى يتحقق أثره فى عدم الحكم بالغرامة التهديدية . ولكن لا يمكن أيضا أن نقول أنها نفذته ، لأن قبولها التنفيذ مرتين بتحقيق شروطها ؛ لذا أصدق ماينطبق على تلك الحالة أنها نوع من التنفيذ الجزئى للحكم ^(١) . كانت الآتسة Laucoin تعمل فى إحدى المؤسسات العامة لرعاية الأيتام (ملجأ) ولكن إدارة هذه المؤسسة فصلتها من عملها لعدم الكفاءة المهنية . فأقامت طعنا أمام المحكمة الإدارية التى ألغت القرار لعدم استناده على اسباب جدية تبرره ، ولكن الإدارة رفضت تنفيذ الحكم وإعادتها إلى عملها . فأقامت طعنا مرة أخرى فى قرار الرفض الذى ألغته أيضا المحكمة الإدارية لمخالفته لحجية الشئى المقتضى به . وحيال ذلك اقترحت عليها إدارة الملجأ تنفيذا لهذا الحكم أن تقبل إعادتها إلى وظيفتها . ولكن بشرط أن تتقدم بطلب إلى الإدارة فى ذات الوقت تعلن فيه عن رغبتها فى الإحالة إلى الاستيداع لظروفها الشخصية . لم يلق هذا الحل قبولا لدى مجلس الدولة ، لأنه ينطوى على انتهاك صارخ لحجية حكم الإلغاء ، واعتبر أن الإدارة بقبولها المشروط لإعادة هذه الموظفة إلى عملها تعبر عن عدم التنفيذ الكامل للحكم ، مما يقتضى الحكم ضدها بغرامة تهديدية قدرها ٢٠٠ فرنك يوميا إذا لم تنفذ الحكم كاملا خلال شهرين من اعلانها بهذا الحكم تبدأ من أول يوم فى الشهر الثالث وحتى استكمال التنفيذ ^(٢) .

(١) DUGRIP (O.): Execution des decisions de la juridiction administrative. Repertoire de contentieux administratif. Dalloz. Mise a jour. 1993. T.I. p. 21.

(٢) C.E 14 novembre 1987. Mlle. Laucoin. Rec. P. 5. L.P.A. 1989. No: 23. P. 11. Note: Guettier

(٣) التنفيذ البدلى أو المغاير لمقتضى الحكم

٨٨ - قد يعم على الإدارة حيناً كيفية تنفيذ الحكم فتأتيه معايير جزئية لمقتضاه اعتقاداً بأن هذا هو المقتضى قانوناً حسب مافهمته من منطوق الحكم . أو استيقنته من مضمونه . فالحكم مثلاً بإلغاء رفض تسليم الوثائق الإدارية المطلوبة ، قد تظن الإدارة أن تنفيذه يقتضى إعطاء المحكوم لمصالحه صور هذه الوثائق لا اصولها ، فتقدم على ذلك تستقر فى خطأ التنفيذ على تأويل غير صحيح للحكم ، أو قد يقدم العمدة الى المجلس البلدى ملخصاً بالجلسات التى عقدها بناء على تفويض المجلس له فى إجراءاتها ، ظناً أن هذا هو المقتضى القانونى لتنفيذ التزامه ، دون أن يدرك أن ملخص الجلسات لا يكفى وفاء بهذا الالتزام ، وإنما يستوجب تقديم جميع هذه المحاضر ووضعها تحت تصرف المجلس . فى مثل هذه الحالات يثور التساؤل عما إذا كان هذا التصرف ينطوى على إخلال بالتنفيذ ، مما يتوجب الحكم بالتهديد المالى . تعكس هذه الحالة مشكلة الغموض الكامن فى منطوق الحكم ، ومشكلة أخرى مترتبة عليها هو الخطأ فى تفسير الإدارة له مما يفضى بها إلى تنفيذ الحكم تنفيذاً غير المقصود فعلاً .

أما عن المسألة الأولى يحكمها مبدأ فصل الهيئات الذى أن كان يحظر على الإدارة أن تأتى عمل القاضى ، فإنه يحظر على هذا الأخير أن يقوم بعملها . وهذا معناه أن مشكلة تبديد الغموض أمرها يرجع إلى القاضى ليوضح للإدارة التوجيهات اللازمة لكيفية تنفيذ الحكم ، ويقرر فى الحكم التفسيرى مايراه ضرورياً لوضعه موضع التطبيق . وهذا أصل يحكم المسألة مستقر منذ وقت بعيد ^(١) . فى ضوء ذلك إذا صفت نية الإدارة ، ورغبت فى التنفيذ المقتضى فعلاً ، عليها الإلتجاء إلى القاضى لتبديد غموض حكمه ، وبيان كيفية تنفيذه ، حالئذ لا يعرضها هذا للتهديد المالى . أما إذا فعلت غير

(١) C.E 26 december 1925 Rodiere Rec. p. 1065 R.D.P. 1926. P. 32.
Concl: Cahen Salvador S 1925 3 P 49 Note: Haurion.

ذلك ، فيعنى أنها عدلت عن اتباع تلك الوسيلة رغبة ، فإن تنفيذها المبسر
يوجب الحكم عليها بالغرامة التهديدية ، لأنها منحت فرصة عدم التعرض لذلك
ولكنها رغبت عنها . فى ضوء ذلك يمكن القول بأن الإدارة إذا أخطأت فى
تفسير الحكم وتعرفه على غير المقصود ، تكون قد أوقعت نفسها فى شرك
التنفيذ الجزئى ، مما يمثل مسوغا لخضوعها للتهديد المالى حتى تنفذ تنفيذها
كاملا يعمل مقتضاه . وفى ضوء ذلك لا يمكن قبول ما ذهبت اليه محكمة القضاء
الإدارى من أن : الإدارة لاتسأل فى حالة الخطأ الفنى اليسير فى تفسير القاعدة
القانونية ، ذلك أن الإدارة لاتتكرر للحكم ولاتتجاهله . وهى إذ تعطى القاعدة
القانونية معنى غير المقصود منها قانونا ، فيكون خطأ الإدارة فى التفسير
مفترا إذا كانت القاعدة غير واضحة وتحتمل التأويل .. (١).

رغم تقديرنا لمنطق هذا الحكم ، فإنه لا يمكن قبوله على الإطلاق ؛ وإلا
تكون قد أعطينا الإدارة فرصة لأن تلعب على حيائل غموض الحكم لتنفذه كما
يترأى لها... وعلى فرض صحة ذلك ، ماهو المعيار الدقيق الذى يمكن على
هذه معرفة ما إذا كان الخطأ فى التفسير يسيرا أم جسيما ؟ . بل وماهو قدر
عدم وضوح القاعدة المختلف حول تفسيرها حتى يقال أن خطأ الإدارة بشأن
تفسيرها يكون مفترا ؟ . ثم ماهو ذنب المحكوم لصالحه لكى يعامل بمقتضى
تفسير خاطئ لقاعدة حسمت على أساسها منازعته . وإذا كانت هذه القاعدة
حمالة لعدة أوجه فله لاينبرى القاضى تلقائيا فيحدد فى منطوق حكمه كيفية تنفيذ
الحكم كما فعلت حديثا محكمة استئناف بورجو الإدارية حال حددت الإجراءات
اللزمية لتنفيذ حكم ألغى بعض الإجراءات اللاتحبة بعدما تعددت حالات تأخير
تنفيذ هذا النوع من الأحكام . وهو ذاته مادرج أيضا عليه عمل مجلس
الدولة (٢) . وذات الشئ بالنسبة لمحكمة رن الإدارية التى افادت الإدارة برأيها

(١) محكمة القضاء الإدارى : ١٩٦٠ . الدعوى رقم ٢٧٠ لسنة ١٠ القضائية.

مجموعة السنة الرابعة عشر . ص : ١٨١ .

(٢) Rapport public de conseil d'Etat. 1998. E.D.C.E 1999. No: 50. P. 154-155.

في كيفية تنفيذ الحكم الصادر منها بناء على طلبها حال غم عليها امر تنفيذه^(١). ولعل هذا أصبح ميسورا بعد أن ألقى المقترح الفرنسي الحظر الذي كان مفروضا على القاضى الإدارى بالألا يوجه أمر! إلى الإدارة بما يراه مناسبا لتنفيذ حكمه . بل وإذا كان هذا الحظر لازال مفروض على القاضى الإدارى المصرى ، فلما لا يكون حسم تلك المسألة من خلال دعوى تفسير الحكم ، دون أن نتمس للإدارة عذر الخطأ الفنى اليسير الذى يمكن أن تتخذة مطية للنيل من حجة الأحكام .

على أية حال يقوم التنفيذ المبسر أو المختصر أيا كان سببه مقام عدم التنفيذ ، ويمثل مبررا للتهديد المالى . وتطبيقا لذلك اعتبر مجلس الدولة تنفيذا مبسرا للحكم ما قامت به اللجنة الإقليمية لإعادة التنظيم التعاونى تنفيذا لحكم محكمة كان الإدارية بإلغاء قرارها المتعلق بتقسيم الأراضى الواقعة فى إقليم Boitron ، وما يترتب عليه بالنسبة للسيدة Leroux . إذ اللجنة قررت مخالفة لهذا الحكم أن تعيد إلى الطاعة قطعة أرض مما أعادت تنظيمه ، ورفضت أن تعيد إليها قطعة أخرى بمساحة مختلفة ، على أن تعوضها عن ذلك بدفع قيمتها التجارية واعتبر مجلس الدولة أن قرار ٧ يوليه ١٩٨٣ لا يعدو أن يكون تنفيذا جزئيا للحكم سالف الذكر ، مما يقتضى الحكم على الدولة بغرامة تهديدية ٢٠٠ فرنك يوميا إذا لم تنفذ الحكم كاملا خلال شهرين ، تبدأ من اليوم الأول من الشهر الثالث وحتى تمام التنفيذ^(٢) .

ثانيا : التنفيذ المتأخر للحكم :

٨٩ - شرطان يجب توافرها لى يكون التأخير فى التنفيذ ذا أثر فى الحكم بالغرامة التهديدية : أن يكون لمدة غير معقولة ، والا تكون هناك أسباب سائغة تبرره .

Rapport public 1996 sur le principe d'égalité. Conseil d'Etat. (١)
E.D.C.E 199٦ No 48 P 235

C E 1٤ octobre 1986 Mme Leroux Rec p 231 D 1987 p. 196 (٢)
Note Florens A ٠ 986 P ٦١6

(١) وجوب ان يكون التأخير لمدة غير معقولة

٩٠ - يمثل شرط المدة المعقولة قاعدة اساس بالنسبة لمجلس الدولة يحدد على ضونها م إذا كانت الإذرة نعدت الحكم في موعده أم جاء تنفيذ متأخرا . غير أن المشكلة أنه لا يوجد معيار منضبط يمكن على هديه معرفة متى تكون مدة التنفيذ معقولة ، ومتى لا تكون كذلك ، فأمر تحديدها يختلف تبعا لطبيعة المنازعة ، وقد ماحتاجة الحكم من إجراءات لتنفيذه ^(١) . ولكن هذا لايعنى أن للإدارة مطلق الحرية في اختيار وقت التنفيذ ، إذ أن القضاء يهتدى هنا بمعيار زمني . يطبق حالة ألا توجد صعوبات تعرض للتنفيذ ، وحين لا يكون الحكم من الأحكام الوقتية أو المستعجلة ، مفاده أن مدة أربعة اشهر تعد مدة معقولة لتنفيذ الحكم . بحيث أن نفاذها دون إجرائه ، يعتبر بمثابة رفض ضمنى للتنفيذ ^(٢) . يعطى المحكوم لصالحه حق اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لإجبارها عليه ^(٣) .

وهذا إن كان الأصل الذى يجرى عليه تحديد المدة المعقولة للتنفيذ ، فإن المشرع بمقتضى قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ من خلال التعديلات التى أدخلها على تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ، وقانون الغرامة بالنسبة لاختصاص مجلس الدولة أعطى للقاضى المختص سلطة تحديد مدة لتنفيذ الأوامر التى وجهها من خلال حكمه إلى الإدارة ليتم التنفيذ خلالها ، على نحو ما رأينا تفصيلا . بما مفاده أن عدم تنفيذ الإدارة لتلك الأوامر خلال هذه المدة تعتبر اخلالا بالتنفيذ ، ويستوجب توقيع الغرامة التى قضى بها لحمله عليه ، بغض النظر عن مضى الأربعة الأشهر أو عدم انقضائها، إذ أن تطبيقها مرتين بألا يحدد القاضى ميعادا للتنفيذ فى منطوق حكمه .

C.E 21 decembre 1977. Brinon-cherbuliez. Rec: p. 532. (١)

DUGRIP (O): op. cit. P. 5. (٢)

GOUAUD (C.) la loi du 16 juillet 1980 et le conseil d'Etat ou la (٣)

volonté de legislateur face au pouvoir du juge administratif L.P A

17 février 1989. P 4

وعلى الرغم من ذلك تعد مشكلة تأخير التنفيذ بشكل يجاوز هذه المسددة المشكلة الأساسية التي يتركز فيها تنفيذ الأحكام في فرنسا . بعد ان كادت تختفي تماما مشكلة الإمتناع صراحة عنه . بل تعد هي المجال الاساسي لإعمال نظام الغرامة . ويكفي أن ندلل على ذلك بأن أقل مدة لتنفيذ غالب الأحكام التي عرضناها سلفا كانت عامين ، وأن أول حكم صدر من مجلس الدولة بغرامة تهديدية كان بشأن عدم تنفيذ حكم محكمة ليموج الإدارية الذي استغرق عدم تنفيذه ثمان سنوات تقريبا ^(١) .

(٢) عدم وجود أسباب مقبولة للتأخير في التنفيذ :

٩١ - يمكن للإدارة أن تتجاوز بالتنفيذ المدة المعقولة ، أو المدة القضائية أي التي حددها القاضي بمنطوق حكمه ليجري التنفيذ خلالها كما ذكرنا . ولكن هذا التجاوز شرطه أن يوجد سبب سائق قبوله ، كانت الإدارة حياله في ضرورة لتأخير التنفيذ عن مواعده . فإن انتفى هذا السبب عند ذلك نقاعسا أو امتناعا عن التنفيذ يستوجب خضوعها للتهديد المالي . ولعل هذا ماقصته المحكمة الإدارية العليا بقولها ... " إذا تراخت الجهة الإدارية في تنفيذ الحكم مدة طويلة دون مبرر من الواقع أو القانون ، تكون قد تماذت في الإمتناع عن تنفيذ حكم قضائي نهائي .. " ^(٢) . وفيه أيضا نقول محكمة القضاء الإداري ... " على الإدارة دائما المبادرة بتنفيذ الأحكام في وقت مناسب من تاريخ صدورها وإعلانها ، فإن هي نقاعست أو امتنعت دون وجه حق عن التنفيذ في وقت مناسب اعتبر هذا الإمتناع بمثابة قرار إداري سلبي مخالف للقانون " ^(٣) .

(١) MORANO - DEVLILLIER (J.): note sous C.E. 17 mars 1985.
Mme. Menneret J.C.P 1985 - 2 - 20448.

(٢) المحكمة الإدارية العليا : ٢٤ فبراير ١٩٧١ الطمر رقم ١٠٧٦ لسنة ١٨ القضائية مجموعة السنة الرابعة والعشرين ص ١

(٣) محكمة القضاء الإداري ٣٠ يونيو ١٩٥٧ الدعوى رقم ٢٥٥ لسنة ٨ القضائية مجموعة السه الحادية عشر ص ٣٠

وإذا كانت تلك الأحكام وهي تردد الأصل المعمول به فى القضاء الإدارى الفرنسى ، تحدد معالم التنفيذ المتأخر أو المترأخى ، وتبين أثره ، فإنها أيضا أتت فى ذات الوقت بموجبيات الإعفاء من تبعاته . فاستوجب للإعفاء من الجزاء المترتب عليه ، أن تكون هناك من الأسباب ما يبرره . والأسباب المبررة للتأخير هي أيضا مما يستقل بتقديره قاضى الغرامة ؛ إذ لا يوجد لها معيار دقيق يمكن أن نميز به بين السبب المبرر وغير المبرر . وإن كان هذا لا يمنع أن هناك أسبابا لا يمكن الإختلاف حول أثرها المفضى إلى التأخير ، وقد مضت بنا طائفة منها . هذا إلى أن قسم التقرير والدراسات بمجلس الدولة ، وهو الجهة المنوط بها متابعة تنفيذ الأحكام الإدارية ، وتذليل صعابها مع الجهات الإدارية المعنية كما سبق الذكر ، قد أورد فى تقاريره السنوية بعضا منها ، وكان من أبرزها المشاكل المالية التى تعوق تنفيذ هذه الأحكام . من ذلك عدم وجود اعتمادات مالية لازمة لتنفيذ الأحكام الصادرة فى منازعات الوظيفة العامة ^(١) ، وضعف الموارد الإقتصادية والمالية لبعض الأقاليم التى تحول دون تنفيذ أحكام التعويض ^(٢) . وهذا يستتبع تأخير التنفيذ لمدد غير معلومة حتى يتم توفيرها .

هذا إلى أن للقضاء الإدارى المصرى اتجاهها فى شأن تلك الأسباب ينطلق من تأثيره بالمشكلات الأساسية التى يعانى منها النظام الإدارى لدينا من هذا القبيل ما قضت به محكمة القضاء الإدارى من أنه ... إذا كان التأخير فى التنفيذ يرجع إلى تبادل المكاتبات بين الوزارة ووزارة المالية وديوان الموظفين للرجوع إليها فى شأن تنفيذ هذه الأحكام ولم يكن التأخير نتيجة تقصير من الوزارة ... يكون طلب التعويض على غير أسس سليم من القانون متعينا

Rapport Publique de conseil d'Etat. 1992. E.D.C.E. 1993. No: 44. P. (١)
108 et ss.

Rapport Publique de conseil d'Etat. 1990. E.D.C.E 1991. No: 42 P (٢)
133.

ومرة أخرى يتمثل السبب المبرز للتأخير في قولها بأن التأخير في تنفيذ الحكم لا ينبغي أن يتجاوز مجرد تسلسل الإجراءات العادية بحيث لا يشوبها تعسف ظاهر أو رغبة متعمدة في تعطيل تنفيذ الحكم أو تحد لأمر القضاء بل مرجعها إلى نظام الروتين العادي وما يتسم به من بطء ومبالغة في الحيلة ، مبالغة قد لا تخلو من التعقيد .. (٢) .

ويسجل تقرير مجلس الدراسات والوثائق بمجلس الدولة الفرنسي الصادر عام ١٩٩٩ سببا مبررا لتأخير تنفيذ الأحكام الإدارية يتمثل مع تلك التي ذكرنا بخصوص القضاء الإداري المصري . إذ ينكر التقرير أن العديد من المحاكم الإدارية تشكو من تأخير تنفيذ أحكامها لمدد تتجاوز المعقول ، وتعلن أن سبب ذلك يعود إلى التنظيمات الإدارية الداخلية للإدارات المعنية بالتنفيذ هذا إلى أن محكمة جرونيل الإدارية قد أكدت أن صعوبات ما يعترض تنفيذ أحكامها يعود إلى أن تنفيذها كان يقتضى تدخل جهات إدارية غير تلك التي صدرت في مواجهتها الحكم مثل ذلك ضرورة الرجوع إلى المركز القومي للتوظيف العامة الإقليمية ، حال تنفيذ حكم إلغاء فصل أحد الموظفين العاملين لدى أحد الأشخاص العامة الإقليمية ، لتسوية حالته الوظيفية تنفيذا لهذا الحكم (٣)

(١) محكمة القضاء الإداري : ١٨ نوفمبر ١٩٥٣ . الدعوى رقم ٩٢٢ لسنة ٦ القضائية . مجموعة السنة الثامنة . ص : ٩٧٢

(٢) محكمة القضاء الإداري : ١٥ أبريل ١٩٥٣ . الدعوى رقم ٦٠٧ ، ٦٠٨ لسنة ٤ القضائية . مجموعة السنة السابعة . ص : ٨٨٨

(٣) Rapport public 1999 Jurisprudence et avis de 1998 E.D.C.E 1999. No 50 P 1٩4

الفصل الثانى

إجراءات الغرامة التهديدية

٩٢ - بتوافر الشروط السابقة ينشأ لدى الشئ حق فى اتخاذ اجراءات الحكم بالغرامة للقضاء على غنت الإدارة وممانعتها فى تنفيذ الحكم الصادر لصالحه . ويبرز من جهة اخرى للقاضى الإدارى دور جديد فى التدخل لحملها عليه كرها ، يؤكد به ، ولأول مرة ، فاعليته فى تنفيذ أحكامه .

وينشوء هذا الحق ، وظهور مقتضيات أداء هذا الدور ، تبدأ منازعة أو خصومة جديدة ، إن كانت تتماثل مع تلك التى حسمها الحكم المراد تنفيذه ، فإنها تتباين عنها ، على الأقل سببا وموضوعا . إذ أن مناطها الإخلال بتنفيذ هذا الحكم ، ومحلها الحكم بالتهديد المالى لإجبار الإدارة عليه . وهذا بالقطع سبب مغاير ، وموضوع مختلف ، عن سبب وموضوع الدعوى الصادر بشأنها . حتى غايات أطرافها لاسيما القاضى والمدعى متميزة ، فالأول يستهدف بها كفالة احترام حجية ماقضى به ، والآخر يتطلع من خلالها إلى الحصول على المنفعة التى حملها اليه ذات الحكم بشكل بالبلغ السرعة والفاعلية^(١).

وإذا كانت تلك المنازعة تخضع كغيرها من المنازعات لذات النسق الإجرائى المتتابع ، ونمضى مثلها بنفس الطرق التى تمر بسبها منذ افتتاحها بطلب أصلى وحتى انقضائها بحكم نهائى ، فإن لها فضلا عن ذلك ذاتية إجرائية تميزها عن غيرها ، إن كانت تتصل بالإجراءات العامة اتصال الفرع بالأصل ، فإن لها من الخصوصية ما يضيف عليها جوانب متباينة من التميز .

إن تحديد تلك الإجراءات يعتمد على أمرين : خصوصية منازعة الغرامة . وهى خصوصية لا ينفىها اعتبارها فى الأصل منازعة فرعية يتأثر الحكم فيها قبولاً أو رفضاً بما آل اليه تنفيذ الحكم الصادر فى المنازعة

(١) GALABERT (J.M.) L'application par le conseil d'Etat des dispositions de la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes Méli Peiser Grenoble. Presses universitaires des Grenoble 1995 P 24.

الأصلية، ولعل هذا ما يعكس وجه تميزه الإجرائي الذي يؤكد تعدد مرجعيتها القانونية باعتبارها نتائج نصوص قانونية ولا تحية مستعرة التعديل . متلاحفة التعبير منذ قانونها الأول الصادر في ١٦ يولييه ١٩٨٠ وهذا معاده أن المشرع لم يدع أمرها إلى الإجراءات العامة لتنظم وفقا لها ، وإنما أثرها بفيض اجرائي خاص يتفق وتلك الطبيعة . أما الآخر فيدور حول مراحلها القضائية ، إذ تجرى من تلك الناحية على مرحلتين : مرحلة للحكم بالغرامة ومرحلة تصفية الغرامة المحكوم بها في المرحلة السابقة . وكلا المرحلتين له دورة اجرائية تتلاءم مع وظيفتها في ضوء ما ذكرنا سلفا .

وتفصيل القول في اجراءات الغرامة في نطاق هاتين المرحلتين، يستلزم أن نبدأ بحديث عن الإجراءات المتعلقة بمرحلة الحكم بها فسي مبحث أول. ثم نشئ بآخر عن النظام الإجرائي لمرحلة تصفيها

المبحث الأول

إجراءات الحكم بالغرامة التهديدية

تمهيد وتقسيم

٩٣ - لئن كان الطلب يمثل في فقه المرافعات العربية الفنية التي تحمل إلى المحكمة ادعاءات الخصوم وصولا إلى الحكم فيها ^(١) ، فإنه يعد في تشويق الغرامة وسيلة الإقضاء الأساسية للحكم بها إذ جعله المشرع الأداة الفاعلة التي تحرك القوة الكامنة في اجراءات هذا الحكم نحو اصداره . حتى في الحالات التي انطأ فيها بمجلس الدولة سلطة الحكم مباشرة بالغرامة ، أي دون طلب صريح بذلك ، كان للطلب أيضا دوره غير المنكور في بدء الإجراءات نحو دفع المجلس إلى التصدي للحكم بها من تلقاء نفسه . حقا أن ذا الشأن لم يطلب ، في تلك الحالة ، من المجلس أن يقضى له بغرامة تحمل الإدارة

(١) أ.د. نبيل عمر . قانون المرافعات المرحع الصعو ص ٢٨٩

على تنفيذ حكمه ، وإنما يقدم الطلب ملتمس مساعدته في إجرائه بشكل قد يفضى بتتابع الإجراءات الى أن يقضى بها المجلس . ولكنه على أية حال طلب لولاه لما أقدم المجلس على اصدار هذا الحكم .

إن هناك نوعان من الطلبات تقضى إلى الحكم بالغرامة : طلب الحكم بالغرامة صراحة ، وطلب المساعدة في التنفيذ *demande d'aide à l'exécution* الذى قد ينتهى إما بقبول الإدارة طاعة تنفيذ الحكم ، وإما بإصدار الحكم بالغرامة لإجبارها عليه . وإذا كان الإثنان يختلفان في موضوعهما ، فإنهما يلتقيان في الخضوع لذات الإجراءات المتعلقة بالفصل فيهما أمام قاضى الغرامة . لاسيما فيما يتعلق بسلطات هذا الأخير فسي الحكم بالغرامة كأثر اجرائى لهما .

إن اعتدادا باعتبار الطلب مدار إجراءات الحكم بالغرامة ، تتنوع هذه الأخيرة إلى نوعين : إجراءات تنظم وفقا لها طريقة تقديمه الى المحكمة المختصة أو قاضى الغرامة وتتميز بأنها إجراءات افتتاحية يقتصر دورها على مجرد اتصال قاضى الغرامة بمنازعتها . والأخرى إجراءات مرحلة الفصل في هذا الطلب . وهى إجراءات يقترن بذوها بانعقاد خصومة الغرامة ، وتنتهى بإصدار الحكم فيها قبولا أو رفضا .

وعلى هذا الأساس ، نعرض في مطلب أول للنظام القانونى لطلب الحكم بالغرامة ، ثم نتناول الإجراءات المتعلقة بالفصل فيه انتهاء إلى صدور حكم بشأنها ، وذلك في مطلب ثان .

المطلب الأول

النظام القانونى لطلب الحكم بالغرامة

تمهيد :

٩٤ - باعتباره الأداة الإجرائية للحصول على حكم بالغرامة يتنوع

الطلب تبعاً لطريقة إحداث أثره إلى نوعين : طلب مباشر للحصول على هذا الحكم ، وآخر غير مباشر يطلق عليه طلب المساعدة في التنفيذ ، قد يكون مآله صدور هذا الحكم ، إذا عجزت السبل الودية لقسم التقرير والدراسات بمجلس الدولة على أن يساعد صاحب الشأن في الحصول على تنفيذ إرادى للحكم الصادر له ، حالئذ لا يكون هناك مناص من الحكم بالغرامة لحمل الإدارة عليه كرها . وهذا مقصد المشرع مما نص عليه فى المادة الثانية من قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ بأنه : فى حالة عدم تنفيذ حكم صادر عن القضاء الإدارى يكون لمجلس الدولة ولو مباشرة d'office الحكم بغرامة تهديدية ضد الشخص الإعتبارى العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام بقصد ضمان تنفيذه .

وهكذا ، وفى نطاق هذين الإجراءين ، نعرض فى فرع للنسق الإجرائى للطلب الصريح بالحكم ، ثم نبين نظام طلب المساعدة فى التنفيذ باعتباره طريقاً قد يفضى إلى ذات الأثر فى فرع ثان .

الفرع الأول

الطلب الصريح بالحكم بالغرامة

تمهيد :

٩٥ - يحفل تشريع الغرامة بتعديلاته ولوائحه بمبيل اجرائية بشأن الطلب الذى يتقدم به ذو الشأن مباشرة للحكم بغرامة تهديدية . ورغبة فى تيسير مهمة البحث بشأنها يمكن حصرها فى أنواع ثلاثة : اجراءات تتعلق بالطلب ذاته ، وأخرى ترتبط بأطرافه ، وأخيرة تتصل بمدى جواز تعدده لكفالة تنفيذ حكم واحد .

أولاً : الإجراءات المتعلقة بالطلب ذاته :

٩٦ - تدور تلك الإجراءات حول الشكل الذى ينبغى أن يكون عليه،

والميعاد الذى يجرى خلاله . والجهة التى يقدم إليها ، ومدى جواز التنازل
عنه بعد تقديمه

٩٧ شكل الطلب :

٩٧ - لا يشترط أن يكون للطلب شكل معين غير أن يكون مكتوباً باعتبار ذلك أثراً لخصيصة الكتابة التى تتميز بها إجراءات التقاضى الإدارى بوجه عام ^(١) ، فضلاً عن أنه بالطلب يتحدد نطاق خصومة الغرامة موضوعاً وعضوياً . ولذا يلزم أن يرد فى صحيفة مكتوباً حتى يمكن الوقوف بسهولة على موضوع وسبب وأطراف هذه الخصومة لاسيما وأن غالبية هذه العناصر خاصة الموضوع والسبب ، ستظل بذات نطاقها حتى يصدر الحكم بشأنها .
بقى أن نعرف حكم مسألتين متعلقتين بشكل الطلب على جانب كبير من الأهمية.

(أ) مدى لزوم رسم الدفعة :

٩٨ - إذا كان لابد أن يقدم الطلب مكتوباً ، فهل يلزم أيضاً أن يكون مدموغاً ؟ أى محرراً على صحيفة مدموغة رسم الدفعة droit de timbre وقدره مائة فرنك عن كل طلب ؟ وفقاً لمادته التاسعة أعفى القانون رقم ١٤٦٨ لسنة ١٩٧٧ بشأن مجانية إجراءات التقاضى الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٧٧ الطلبات التى تقدم أمام القضاء الإدارى من الإلتزام بتقديمها على صحيفة مدموغة Papier timbré ، وذلك ابتداء من سريانه فى أول يناير ١٩٧٨ ^(٢) .
غير أنه بصدر القانون رقم ١٣٥٢ لسنة ١٩٩٣ فى ٣٠ ديسمبر ١٩٩٣ عدلت المادة ١٠٨٩ من نقتين الضرائب لتحديد نطاق هذا الإعفاء بتوافر الشروط المنصوص عليها فى المادة ١٠٩٠ من ذات النقتين . وهذه الأخيرة تقصر

(١) RIVERO (J.) et WALINE (J.): op. cit. P. 184.

(٢) LEULMI (S.): Frais de justice Répertoire de contentieux administratif. Dalloz. Maise a jour 1993. T 1 P.2

الإعفاء على الطلبات التي تقدم عن أشخاص تتوافر فيهم الشروط اللازمة للاستفادة من المساعدة القضائية الكلية أو الجزئية وفقا لقانون ١٠ يونيو ١٩٩١ بشأن المساعدات القضائية . ووفقا لهذا القانون يشترط للاستفادة من هذه المساعدة أن يكون دخل الطالب اقل من الحد الأعلى المقرر قانونا . وهذا الأخير دائم التعبير من وقت لآخر . غير أنه كان ابان تلك الفترة يعادل ٣٤٦٥ فرنك شهريا بالنسبة للحصول على المساعدة القضائية الكاملة والتي تشمل الإعفاء من كافة المصاريف الإجرائية بما فيها أتعاب المحاماة Les honoraires des avocats ، ومصاريف الخبرة ، أما المساعدة القضائية الجزئية ، فقد كان يلزم للحصول عليها أن يكون دخله ٥٢٥٠ فرنك شهريا .

ونظرا لأن تلك الأحكام كانت تسرى بالنسبة لطلبات الغرامة ، بمقتضى المادة ٥٩ - ٣ من لاتحة ٣ يوليه ١٩٦٣ التي نصت على سريان ذات الأحكام التي تسرى على-الدعاوى والطلبات والمذكرات التي تقدم أمام القضاء الإدارى على طلبات الحكم بغرامة تهديدية ، فإن هذا معناه سريان أحكام الإعفاء من رسم الدفعة سائلة البيان على هذه الطلبات . وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة برفض طلب بالحكم بغرامة تهديدية قدم متجاهلا رسم الدفعة ، وبين المجلس أسانيد رفضه بأن الطالبة ، وقد قدمت طلبها على صحيفة غسير مدموعة ، لاتتوافر بالنسبة لها شروط الإعفاء من رسم الدفعة وفقا للمادة ١٠٩٠ من التقنين العام للضرائب ^(١) .

وإذا كان مجلس الدولة مستقرا على اعتبار طلب الحكم بالغرامة طلبا مستقلا ، يحمل مضمونا لمنازعة جديدة يوجب الخضوع لرسم الدفعة ، فإن محاكم الاستئناف الإدارية تتباين وجهة نظرها حول تلك المسألة ، أى مدى اعتباره طلبا مستقلا يلزم تأدية رسم الدفعة كشرط لقبوله ، أم طلبا متلازما مع الطلب الأصلي أو امتدادا له يغنى فى تسديد هذا الرسم تأديته على الطلب الأصلي . محكمة استئناف ليون الإدارية سارت فى ذات اتجاه مجلس الدولة ،

ودهبت إلى اعتباره طلبا مستقلا في مفهوم تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم
الإستئناف الإدارية ، واستلزمت ضرورة خضوعه لرسم الدفعة أثرا لذلك ^(١) .

ولكن محكمة استئناف نانت الإدارية كان لها في المسألة رأى آخر ،
تأثرت فيه بماذهبت اليه السيدة Coënt Bochard مفوض الحكومة في تقريرها
الذى ساق حججا منطقية لإعفاء طلب الحكم بالغرامة باعتباره طلبا لتنفيذ حكم
من رسم الدفعة ، ومما جاء به أن خضوع هذا الطلب لرسم الدفعة يعنى
اخلالا بالمساواة الفعلية بين المتقاضين في هذا النطاق ، إذ أن المتقاضى الذى
يطلب الحكم بالغرامة اثناء نظر الدعوى الأصلية - المقصود هنا الطلب السابق
على صدور الحكم كما بينا سلفا - وفقا للمادة ٨ / ٢ من التقنين ، لا يخضع
لرسم الدفعة فيما يتعلق بهذا الطلب ، فهو يسد رسما واحدا هو المتعلق
بالطلب الأصلي فحسب ^(٢) . أما المتقاضى الذى انتظر حتى صدور الحكم ،
وامتنعت الإدارة عن تنفيذه - أى الطلب اللاحق لصدور الحكم - يخضع لهذا
الرسم إذا قدم إلى المحكمة وفقا للمادة ٨ / ٤ من التقنين ، طلبا لكفالة تنفيذه .
وهذا يقطع بعدم المساواة بين المتقاضين الذين يسعون إلى تنفيذ الأحكام
الصادرة لصالحهم ، لأن المغايرة في وقت تقديم الطلب لا تبرر الإخلال بمبدأ
المساواة في هذا الشأن مطلقا . من ناحية أخرى أن طلب التنفيذ المقدم لاحقا
وفقا للمادة ٨ - ٤ من التقنين لا يعد اجراء منفصلا عن النزاع السابق أى الذى
صدر فيه الحكم المراد تنفيذه ، ولكنه في حقيقته اجراء منهى لهذا النزاع أو
متم لإجراءاته ، يجد مبرره في إجبار الشخص العام على تنفيذ الحكم الصادر
بشأته والذى رفض تنفيذه طواعية . أنه من الظلم أن نفرض هذه العقبة
الإجرائية - أى رسم الدفعة - مهما كانت زهيدة القيمة على حق الشخص في

CAA Lyon 26 novembre 1996, Sc. les Hauts de Saint Michel. A.J. (١)

1997 . p. 280.

C.E 25 mars 1996. Commune de Saint- Francois. R.F.D. Ad. 1996. (٢)

P.

استلقت تلك الحجج نظر المحكمة . فأعلنت نحب تأثيرها . إعفاء طلب الحكم بالغرامة أو تنفيذ الحكم بوجه عام من رسم الدفعة . وقالت في ذلك ... لما كان محل الطلب كفاية تنفيذ حكم صادر عن محكمة إدارية أو محكمة استئناف إدارية ، وذلك أيضا سببه ، فإنه لا يمكن اعتباره عريضة دعوى مستقلة في مفهوم تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية . ولذا فإن إيداع هذا الطلب لا يستوجب دفع رسوم الدفعة المنصوص عليها في المادة ١٠٨٩ من تقنين الضرائب ، والمادة ١٠ من قانون ٣٠ ديسمبر ١٩٧٧ . ومن ثم يكون دفع المحكوم عليه بعدم قبول طلب السيد Allais لأنه لم يؤد رسم الدفعة يكون في غير محله متعينا رفضه^(٢) .

(ب) مدى ضرورة توقيع محام على الطلب :

٩٩ - الأصل الإجرائي يقضى بضرورة توقيع محام مقبول أمام مجلس الدولة ، إذا كان الطلب سيقم إليه ، أو أمام المحاكم الإدارية أو محاكم الاستئناف الإدارية حال أن يقدم إليها ؛ وذلك لضمان جديته من جهة ، والتثبت من أنه حرر بمعرفة من لديه خبرة بالقانون مما يؤكد صحة صياغته القانونية وسلامة أسانيده فلا يضيع وقت المحكمة هرا في الفصل في طلبات غير مؤسسة قانونا^(٣) .

على خلاف ذلك أعفى المشرع طلب الحكم بالغرامة التهديدية من شروط توقيع محام لقبوله سواء بالنسبة لذلك الذي يقدم أمام مجلس الدولة - المادة

(١) COENT - BOCHARD: conclusions sur CAA. Nantes: 11decembre 1996 M Allais A.J 1997 P 280

(٢) CAA Nantes 11 decembre 1996. M. Allais. A.J. 1997. P. 307.

(٣) DOUCÉLIN (M): le ministère de L'avocat devant la juridiction administrative Paris Thèse (dactylo). 1980 T 1 p 5

الثانية من لائحة ٣٠ يولييه ١٩٦٣ - لو الذى يقدم الى المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية وفقا للمادة ١١ من لائحة ٣ يولييه ١٩٩٥. ويرتب المشرع أثرا هاما على هذا الإعفاء مفاده أنه يكون لذوى الشأن تمثيل انفسهم أمام قاضى الغرامة حال الفصل فى الطلب ، أو توكيل أحد الأشخاص حتى ولو كان من غير المحامين شريطة أن تتوفر فيه أهلية التقاضى ، وأن تثبت لديه صفته الإجرائية أو علاقته بمن يمثله قضائيا وفقا للمادة ١٠٨ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية .

(٢) ميعاد الطلب :

١٠٠ - نعى بميعاد الطلب هنا الفترة الإجرائية اللازم انقضاؤها لتقديم الطلب أمام قاضى الغرامة . وهو يتميز بأنه ميعاد كامل وليس من المواعيد الناقصة ، ولذا لا يمكن تقديم الطلب إلا بعد تمامه. فإن قدم قبله قضى بالطبع بعدم قبوله لأنه حالكه يعتبر طلبا سابقا للميعاد *demande prématurée* . ويعتبر هذا من النظام العام ، فيكون لقاضى الغرامة أن يقضى به من تلقاء نفسه ، أى حتى ولو لم يثره الخصوم ، وذلك فى أى مرحلة تكون عليها الإجراءات .

والمشرع فى تنظيمه لهذا الميعاد حدد القاعدة العامة فى بدء سريانه ، ثم أورد عليها عددا من الإستثناءات يستوى فى شأن تطبيقها الطلبات المقدمة أمام مجلس الدولة ، وتلك التى تقدم أمام المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية .

(أ) القاعدة العامة فى بدء الميعاد :

١٠١ - يختلف بدء الميعاد تبعاً لما إذا كان الطلب سيقدم إلى مجلس الدولة أم إلى المحاكم الإدارية العادية أو الإستئنافية . وفى الحالة الأولى لا يقدم الطلب إلا بعد ستة أشهر من اعلان الحكم المطلوب تنفيذه ^(١) . أما فى الحالة الثانية لا يمكن أن يقدم إلا بانقضاء ثلاثة أشهر من اعلان الحكم ^(٢) . وتعد هذه

(١) المادة ٥٩ - ١ من لائحة ٣٠ يولييه ١٩٦٣ معجلة بمقتضى لائحة ٣ يولييه ١٩٩٥.

(٢) المادة ٢٢٢ - ٢ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية التى أدخلت فى التقدير بمقتضى المادة ١٢ من لائحة ٣ يولييه ١٩٩٥.

فى تقدير المشرع مدة معقولة لأن تتحد الإدارة مايلزم نحو تنفيذ الحكم .
وتسوية الآثار المترتبة عليه ^(١) .

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة بأن الطلبات التى تقدم إلى مجلس الدولة للحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم صادر عن جهة قضاء إدارى لايمكن أن تقدم قبل انقضاء ستة أشهر من تاريخ اعلان هذا الحكم ... ونظرا لأن السيدة Nielson قد تقدمت بطلب إلى مجلس الدولة بالحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم صادر من محكمة مارسيليا الإدارية فى ١٤ أكتوبر ١٩٨٢... وأن الطلب قد أودع أمانة القسم القضائى لمجلس الدولة فى ٢٧ ديسمبر ١٩٨٢.. ولما كان ذلك كذلك ، ومهما كان تاريخ اعلان هذا الحكم فى تلك الحالة ، فإن الطلب يكون قد قدم سابقا على ميعاده ، مما يقتضى الحكم برفضه ^(٢) .

وثمة تساؤل جدير بالطرح : ماذا لو قدم ذو الشأن طلبا قبل بدء الميعاد، ثم أوقف توفيقا لرفضه ، بطلب آخر بعد بدايته ، فهل يعتد بالطلب الأول فيحكم بالرفض ، أم يعول على الطلب الآخر فيقضى بالقبول ؟ . يبدو أن مجلس الدولة يعتد بالطلب الأخير فعلا فيقضى بالقبول اعتدادا بتحقيق الأثر القانونى للميعاد من حيث قبول الطلب - بتقديم هذا الأخير ولكنه يوجب التحقق من أن الطلب الأخير قد قدم فعلا فى الميعاد . تقدم السيد TERNON إلى مجلس الدولة بطلب الحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم صادر من محكمة مونبلييه الإدارية فى ٨ ابريل ١٩٨٧ . وتم ايداع هذا الطلب بأمانة القسم القضائى لمجلس الدولة فى ٨ يولييه ١٩٨٧.. غير أنه جدد هذا الطلب بمذكرة أودعها أمانة القسم القضائى فى ٨ أكتوبر ١٩٨٧ . ولكن مجلس الدولة رغم ذلك رفض الطلب فقد تبين أنه لم تمض سنة أشهر من اعلان الحكم المطلوب تنفيذه

(١) GUETTIER (ch.): op. cit P 24

(٢) C.E 18 février 1983 Mme. Nielsen Rec p 74

C E 11 février 1987 centre communal d'action sociale de Nantes

R D P 1987 P 1388 Note Drago

في ٤ ابريل ١٩٨٧ ، وتقديم الطلب في ٨ اكتوبر ١٩٨٧ ^(١) .

وقد يعن للبعض أن يتساءل ماذا لو قدم الطلب قبل الميعاد ، ولكن استمرت الإدارة في ممانعتها للتنفيذ حتى حلوله ، هل يعتد بالطلب السابق على ميعاده فيرفض ، أم باستمرار الرفض الإداري للتنفيذ فيقبل ؟ . لقد كانت رغبة مجلس الدولة في اختصار الإجراءات دافعا له لقبول الطلب طالما ظل مقتضى تقديمه - وهو عدم التنفيذ - قائما حتى بعد حلول الميعاد ، فبدلا من أن يرفض المجلس الطلب لتقديمه سابقا على ميعاده ، بما يترتب عليه أن يعيد نو الشأن تقديمه مرة أخرى بعد حلول هذا الميعاد . كان المجلس منطقيا حين اعتد لقبول هذا الطلب باستمرار اصرار الإدارة على عدم التنفيذ حتى إلى بدء الميعاد . وعلى ذلك قضى مجلس الدولة بأنه إذا كانت المادة ٥٩ - ١ من لائحة ٣٠ يولييه ١٩٦٣ تنص على أن الطلبات المقدمة إلى مجلس الدولة للحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم صادر عن جهة قضاء اداري لايمكن أن تقدم قبل مضي ستة أشهر من اعلان هذا الحكم ، فإن تقديم طلب بهذا الشأن قبل مضي تلك المدة مما يحول دون رفض طلب قدم لهذا الشأن قبل مضي تلك المدة ، استمرار رفض تنفيذ هذا الحكم الى ما بعد انتهاء هذه المدة ^(٢) . ومؤدى ذلك أن امتداد رفض التنفيذ بعد المدة المحددة في هذه اللائحة يمكن أن يفضى إلى اعتبار الطلب المقدم قبل انتهاء هذه المدة مقبولا ^(٣) .

(١) C.E 20 janvier 1988. M. Temon. R.D.P. 1988. P. 1171.

C.E. 19octobre 1988. M. Pasanau. D. 1989. P. 147 note : Pambou - Tchinonda.

(٢) C.E 5mai 1995. Mme: Berthaux. Rec: p. 200. E.D.C.E 1995. No: 47. P. 340. A.J. 1995. P. 653. Note: Muller. R.D. Ad. 1995. P. 18. Note: C.M.

(٣) MULLER (G.): note sous C.E 5 mai 1995. Mme. Berthaux. A.J. 1995. P. 653

(ب) الإستثناءات على قاعدة بدء الميعاد

١٠٢ - لا يتقيد ذو الشأن بميعاد تقديم طلب الحكم بعرامة تهديدية وفقاً للأصل العام في الحالات التالية :

أ - طلبات الحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ الأحكام المستعجلة :

١٠٣ - يستوى في هذا الشأن أن يكون الحكم صادراً بإثبات حالة الإستعجال constat d'urgence ، أو باتخاذ أحد إجراءات التحقيق المستعجلة ، أو الإجراءات التحفظية التي لها ذات الطبيعة . ويجوز هذا الإستثناء سنده القانوني في المادة ٥٩ - ١ من لائحة ٣٠ يولييه ١٩٦٣ بالنسبة للطلبات التي تقدم أمام مجلس الدولة ، وفي نص المادة ٢٢٢ - ٢ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية فيما يتعلق بطلبات الحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ الأحكام المستعجلة الصادرة منها على التوالي . ولا يخفى مبرر هذا الإستثناء على أحد فالإعتبارات المنطقية التي يستقر عليها تجعله أشهر من أن نقيم عليه دليلاً . هذا إلى أن طبيعة تلك الأحكام ، وما تستوجب طبيعة الإستعجال التي تواجهها من عدم تأخير في تنفيذها يفرض إلى فوات مصلحة أو ضياع حق ، تتطلب الإتمهال الإدارة حيناً من الوقت لتنفيذها ، أو ترخص في ميعاده ، وإنما تستوجب سرعة اجرائه ، المفرض قطعاً إلى وجوب تقديم الطلب فور رفض التنفيذ صراحة أو ضمناً ، أو تأجيلها فيه .

ب - طلبات الحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم أعلنت الإدارة صراحة رفضها لتنفيذه :

١٠٤ - يكون من اثر قرار الرفض الصريح للتنفيذ تقديم طلب الحكم بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذه من مجرد علم ذي الشأن به ، ودون التقيد بميعاد على نحو مانتص عليه المادة ٥٩ - ١ من لائحة ٣٠ يولييه ١٩٦٣ فيما يتعلق بالطلبات التي تدخل في اختصاص مجلس الدولة ، والمادة ٢٢٢ - ٢ من التقنين بشأن تلك التي تقدم لكفالة تنفيذ أحكام المحاكم الإدارية العادية ، الإستئنافية . والسبب في ذلك أن نصريح الإدارة بالرفض تنفك معه العنة لدى لأجنها

ضرب ميعاد لتقديم الطلب ، وهو منحها مدة معقولة لاتخاذ مايلزم نحو تنفيذ الحكم ، فإذا رفضت صراحة تنفيذه ، فإن منح هذا الأجل يبرد على غير محل ، ولا يكون له مقتضى من واقع أو قانون . فقد حسمت برفضها الصريح موقفها ، مما يستوجب التدخل على فوره لإجبارها على التنفيذ .

ولكن إذا كان للقرار الصريح بالرفض أثره فى اعفاء طلب الحكم بالغرامة من اجراء الميعاد ، فإنه تترتب عليه نتيجتان هامتان : أولهما أن صاحب الشأن لابد أن يقدم طلب الغرامة خلال ميعاد الطعن بإلغاء قرار الرفض وفقا للقواعد العامة - الميعاد هو شهران من اعلان القرار أو العلم اليقيني به - فإذا لم يقدم الطلب خلال هذه المدة ، صار الرفض نهائيا مما يحول دون قبول هذا الطلب ^(١) . أما الأخرى فإنه يكون لتقديم طلب الحكم بالغرامة أثره فى قطع ميعاد دعوى الإلغاء ^(٢) . بمعنى أنه يكون للطاعن بعد صدور حكم بالغرامة بناء على طلبه ميعاد جديد يبدأ من اليوم التالى لإعلان هذا الحكم ولمدة شهرين لإقامة دعوى الإلغاء . وعلى هذا النحو تكون قد نشأت حالة جديدة تضاف إلى حالات قطع ميعاد دعوى الإلغاء التقليدية وهى : التظلم الإدارى ، طلب الإعفاء من الرسوم القضائية ، ورفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة .

جـ - طلبات الحكم بالغرامة لتنفيذ أحكام حددت المحكمة التى أصدرها مدة لتنفيذها :

١٠٥ - قد يصدر الحكم حاملا ميعادا محددا لتنفيذه ، أو قد تصدره المحكمة دون تحديدها ، ولكن تضرب له موعدا بعد ذلك ، كما رأينا ، حالئذ يقضى منطق الحجية النزول على حكم التحديد ، فلا يقدم طلب الغرامة

(١) المادة ٥٩ - ٧ من لائحة ٣٠ يوليه ١٩٦٣ أدخلت بمقتضى اللائحة رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٩٠ الصادرة فى ١٥ مايو ١٩٩٠ ، والمادة ٢٢٢ - ٢ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية .

VEDEL (G.) et DELVOLLE (P). op cit. P. 383.

(٢)

التهديدية لتنفيذه إلا بعد نفاذ هذه المدة نور إجراءاته انه مجرد : عمال للأصل
الذى يقضى بأن الخاص يقدم على العام ويستقر فى أسسه القانونى على المادة
٥٩ - ١ من لائحة ٣٠ يوليه ١٩٦٣ معدلة باللائحة رقم ٨٣٠ لسنة ١٩٩٥
الصادرة فى ٣ يوليه ١٩٩٥ فيما يتعلق بطلب تنفيذ الأحكام التى ينعقد لمجلس
الدولة الإختصاص بكفالة تنفيذها . وتجرى بذات الحكم المادة ٢٢٢ - ٢ من
التقنين بصياغة أتت بها اللائحة رقم ٨٣١ لسنة ١٩٩٥ الصادرة فى ٣ يوليه
١٩٩٥ ، إذ تخصص فقرتها الثانية لطلب تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم
الإدارية محددة مدة التنفيذ ، فتوجب ألا يقدم إليها إلا بعد انقضائه . وتنص
فقرتها الثالثة على أن طلب تنفيذ أحكام محكمة الإستئناف الإدارية والمحاكم
الإدارية المطعون فيها الإستئناف أمامها ، يجب ألا يقدم إليها إلا بعد انتهاء
المدة التى حددها منطوقها لتنفيذها .

(٣) الجهة التى يقدم إليها الطلب - احالة :

١٠٦ - بعد أن يستكمل الطلب شكله ، وحين موعد تقديمه ، يثور
التساؤل عن الجهة التى سيقيم إليها : هل هى ذات المحكمة التى أصدرت الحكم
المطلوب تنفيذه بطريق الغرامة التهديدية ، أم جهة اختصاصها المشرع بالنظر فى
تلك الطلبات ، وعهد إليها بمهمة تلقيها ؟ وهل يختلف الوضع فى هذا الشأن
تبعا لما إذا كان الحكم موضوعيا أم حكما من الأحكام المستعجلة ؟.

ونظرا لاتصال تلك المسألة ، وما يتفرع عنها ، بالفصل فى الطلب ،
نرجى الحديث عنها إلى حين التعرض لإجراءات تلك المرحلة .

ثانيا : الإجراءات الخاصة بأطراف الطلب :

١٠٧ - كسائر المنازعات يكون لمنازعة طلب الحكم بالغرامة طرفان
بصفة عامة : الطالب الذى يقدمه ، والخصم الذى يقدم فى مواجهته . وكلا
منهما يلزم أن تتوافر بشأنه شروط يحدث بتوافرها أثره . أو يقضى بعدمها
برفضه .

(١) صاحب الحق في الطلب :

١٠٨ - طلب الحكم بالغرامة ليس بمثابة دعوى شعبية يتاح للجميع بغير ضوابط ، أو دون معايير حاكمة لحسن ممارستها^(١). ولكن المشكلة تدق حال البحث عن معيار يتحدد على أساسه من له صفة تقديم هذا الطلب . ووجه الدقة أن المشرع غاب عنه وضع الشروط اللازم توافرها في الطالب . والإحتكام إلى القواعد العامة قد يوسع من نطاق حق طلب الحكم بالغرامة ، وهو سلاح خطير ينال من امتيازات الإدارة التي تتمتع بها تحقيقا للمصالح العامة المعقودة عليها ، ويضعف مع تعدد الإلتجاء اليه من قدرتها المالية على الوفاء بالتزاماتها . بل إنه يخالف اتجاه مجلس الدولة في الإلتجاء إلى هذا السبيل في أضيق الحدود بشكل يحقق في نظره توازنا معقولا بين احترام الإدارة لحجية الأحكام ، وعدم الإسراف في تطبيق نظام الغرامة بشكل يضرر بالمصالح العام .

في أول مناسبة لمجلس الدولة لتحديد صفة مقدم الطلب ، عرض مفوضه Roux في تقريره لعدة معايير في هذا الشأن كان أبرزها ثلاثة : معيار المعلن، معيار الطاعن ، معيار المستفيد . ومؤدى معيار المعلن بالحكم أن كل من أعلن بالحكم الصادر في الدعوى الأصلية يكون له صفة في تقديم طلب الغرامة للإجبار على تنفيذه ، غير أن اتساع هذا المعيار بشكل يمكن أن يندرج تحته كل متلقى الإعلان بالحكم القضائي . فيفضي إلى عدم معقولية الإحتكام اليه وإلّا فاق من لهم صفة تقديم الطلب كل حد . هذا إلى أنه يؤدي إلى نتيجة غاية في الشذوذ ، إذ في الحالات التي يغفل فيها هذا الإعلان ينعدم وجود من له صفة تقديم الطلب ، ويتوقف أعمال نظام الغرامة ، مثل هذه الحالات . وهذا مالم يقل به أحد .

CHABANOL (D.) · la pratique de contentieux administratif devant (١)
les Tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel
Paris. Litec 2^e edition 1992 P 220

أما عن معيار الطاعن أى الشخص الذى أقام الدعوى الأصلية الصادر فيها الحكم المطلوب تنفيذه ، فهو معيار قدر معقوليته . إلا أنه يعيبه أن الطاعن قد لا يكون الشخص الذى صدر الحكم لصالحه ، فى هذه الحالة لا تكون له مصلحة فى تقديم الطلب . هذا إلى أن صفة الطاعن فى أول درجة قد لا تكون هى الصفة الملزمة له فى مرحلة الاستئناف أو الطعن بالنقض . ويكون قد بدأ الإجراءات فى أول درجة ولكن انتهت فى الاستئناف أو النقض لغير صالحه . ويفقد حالئذ صفة الطاعن ، مما يفقده تبعاً لذلك مبرر تقديم طلب الحكم بالغرامة لتنفيذ الحكم . وأخيراً أن المعيار يضيق من نطاق ممارسة الحق فى هذا الطلب رغم توافر مبرراته ، فالمتدخل فى الخصومة رغم أنه يفقد صفة الطاعن ، إلا أن له مصلحة مباشرة من تنفيذ الحكم الصادر فيها ، والإقتصار على صفة الطاعن تحرمه من الاستفادة من اجراء الغرامة ^(١) .

على هذا النحو برز معيار جديد هو معيار المستفيد من الحكم المطلوب تنفيذه ، إذ تتوافر الصفة فى تقديم الطلب لكل من يعود عليه الحكم بمصلحة مباشرة . ولكن حتى لا يختلط هذا المعيار بالمعايير المتبعة فى نطاق دعوى الإلغاء التى أفضت إلى تنوع الصفات ، وتعدد المصالح بشكل وسع من نطاقها وكانت تصل فيه فى بعض الأحيان إلى دعاوى الحصبة ، قيد مجلس الدولة من إطلاقه ، وحدد من نطاقه ، فتطلب لتوافر صفة الطالب أن يكون هذا الأخير إما ممن له صفة الطرف فى الدعوى الأصلية أى الدعوى الصادر فيها الحكم المطلوب تنفيذه ، أو يكون من المعنيين بالقرار الملفى بشكل مباشر ، على التفصيل الآتى :

(١) أن تكون للطالب صفة الطرف فى الدعوى الأصلية :

١٠٩ - صفة الطرف فى الدعوى أوسع نطاقاً من صفة الطاعن ، لأنها تشمل فضلاً عن هذا الأخير وخصمه ، المتدخل فيها intervenant يسوى

ROUX (M.): conclusions sur C.E 13 novembre 1987. Mme (١)
Tusiques et Marcaillou Rec p. 360

أن يكون تدخله انضمامياً أم هجومياً . إذ هو يتدخله يكتسب نفس المركز الإجرائي للحصم الذي تدخل إلى جانبه ^(١) . وفي اوضح ذلك يقول بعض الفقهاء . ويترب على قبول التدخل في الدعوى اعتبار المتدخل طرفاً في القضية القائمة أمام المحكمة له ما للمدعين من حقوق فيكون له ابداء الطلبات وإجراء التحقيق . وعليه ما عليهم من التزامات ... ومن جهة أخرى يكون الحكم الصادر في الدعوى حجة للمتدخل وحجة عليه باعتباره طرفاً في الدعوى ، وممثلاً فيها لشخصه .. ^(٢) . ولعل ذلك يفسر سبب عدم قبول مفوض الدولة Roux في مذكرته سائلة البيان ، أن تكون صفة الطاعن أو المدعى هي الصفة التي يجب توافرها في الطالب حتى يقبل طلبه بالحكم على أساس أن ذلك يفضي لامحالة إلى عدم استفادة المتدخل في الخصومة من هذه الميزة الإجرائية لكفالة تنفيذ حكم يرد بآثاره إليه بصفته طرفاً فيها ^(٣) .

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة بقبول طلب إحدى شركات التأمين بالحكم بغرامة تهيديّة لتنفيذ حكم تدخلت إلى جانب المؤمن عليه (شركة كهرباء فرنسا) في الدعوى التي صدر فيها . أقيمت دعوى تعويض ضد مؤسسة كهرباء فرنسا وإدارة أحد الأقاليم . فتدخلت إحدى شركات التأمين في الدعوى إلى جانب مؤسسة الكهرباء . ولما قضى للمدعى بالتعويض ضدهما ، قامت شركة التأمين بتنفيذاً له بدفعه كاملاً . غير أن إدارة الإقليم رفضت دفع حصتها من التعويض . على اثر ذلك تقدمت شركة التأمين بطلب الحكم عليها بغرامة تهيديّة لإجبارها على التنفيذ ، ودفع المستحق عليها من التعويض المحكوم به . قبل مجلس الدولة هذا الطلب لسببين : أولهما أن المؤمن له صفة الطرف في الدعوى حال تدخله فيها إلى جانب المؤمن عليه ، والآخر أنه في

(١) أ.د. نبيل عمر : قانون المرافعات المدنية والتجارية . اسكندرية . دار الجامعة الحديثة للنشر . ١٩٩٩ ، ص ٣٧٢ : ٣٧٣ .

(٢) أ.د. منيه النمر : قانون المرافعات اسكندرية نور نكر للنشر . ١٩٨٩ . ص ٢٦٣ .

ROUX conclusions precitees

(٣)

هذه الحالة تولى سداد مبلغ التعويض كاملاً . مما ينشأ له مصلحة مادية حقيقية في استرداد مبالغه حالاً محل الإقليم ، مما يفضي إلى إجبار هذا الأخير على التسديد تحت التهديد المالي (١) .

وعلى خلاف الوضع بشأن دعوى الإلغاء حيث أن صفة الممول - أي دافع الضرائب - يعتد بها في قبول الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية سواء ماتعلق منها بتحديد مقدار الضريبة ، أو التي تصدرها المجالس المحلية بإنفاق الأموال المنحصلة من الضرائب (٢) ، نقول على عكس ذلك لا يعتد بتلك الصفة في قبول طلب الحكم لتنفيذ الأحكام الصادرة في هذا النطاق طالما لم يكن الممول طرفاً في الدعوى التي صدرت فيها (٣) . لم يكن السيد Marcaillou ولا السيدة Tusiques وهما من ممولى إقليم Loire- Atlantique طرفاً أصلياً ، ولا متخلاً في دعاوى الإلغاء التي قضت محكمة نانت الإدارية فيها بالإلغاء قرارات مجلسه العام بمنح قروض وإعانات لبعض المؤسسات التعليمية الخاصة بالإقليم . ولما تقدما إلى مجلس الدولة بطلب الحكم بغرامة تهديدية إلزام الإقليم بتنفيذ هذه الأحكام ، بما يترتب عليه من استرداد المبالغ التي دفعت كقروض أو إعانات ، رفض مجلس الدولة طلبهما على اعتبار أنهما لم يكونا طرفاً في دعاوى الإلغاء التي صدرت فيها الأحكام المطلوب تنفيذها وصفتها كممولين للإقليم لا تكفى لقبول طلب الحكم بالغرامة ضده لإجباره على تنفيذها (٤)

ولا يفوتنا أن نشير إلى أن صفة الطرف تعد صفة كافية لتقديم طلبات التنفيذ بوجه عام ، وطلبات الحكم بغرامة تهديدية في الحالات التي يتوجب فيها تقديمها إلى المحاكم الإدارية العادية أو الاستئنافية على نحو مانصت عليه المادة

(١) C.E 10 février 1997. Union des assurances de paris. Rec. p. 1021.

(٢) انظر أ.د. مصطفى أبوزيد فهمي : القضاء الإداري ومجلس الدولة ... المرجع السابق . ص : ٣٥٢.

(٣) CHABANOL (D.): op.cit. p. 395.

(٤) C.E 13 novembre 1987. Mme. Tusiques et M. Marcaillou. Rec: p. 360. Concl Roux A.J 198~ P 766 R.D P 1988. P 1171

٨ - ٤ من التقدير . إذ تطلب المشرع ألا تقدم مثل هذه الطلبات إلا من كان طرفا في الدعوى الأصلية على نحو ما قمنا سلفا . ولعل هذا ما قضى بمحكمة باريس الإدارية إلى رفض طلب تنفيذ حكمها الصادر فسي ٣ فبراير ١٩٩٥ بإلغاء قرار مدير بوليس باريس برفض منح ترخيص إقامة للسيدة Chen Vexing وذلك لأنه قدم من زوجها وابنها ، وهما لم يكونا طرفا في الدعوى التي أقامتها بإلغاء هذا القرار ، والتي صدر فيها الحكم المطلوب تنفيذه ، وفقا للمادة ٨ - ٤ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية . وقد صرحت المحكمة قولا بأن هذا الطلب لا يمكن قبوله فسي هذه الحالة إلا إذا تقدمت به السيدة Chen Vexing ذاتها باعتبارها كانت طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم المراد تنفيذه ^(١) .

(٢) أو أن يكون الطالب معنيا مباشرة بالقرار الصادر بشأنه الحكم :

١١٠ - قد لا يكون الطالب طرفا في الخصومة التي صدر بشأنها الحكم المطلوب تنفيذه . ولكن هذا لا يحول دون قبول طلبه شريطة أن يكون من أولئك الذين من القرار الذي ألغاه هذا الحكم بمراكزهم القانونية ^(٢) . هنا يبدو واضحا أن صفة مقدم الطلب ليست هي صفة الطرف ، وإنما صفة المعنى بالقرار مباشرة . ولا يكفي ، في منطق مجلس الدولة ، أن يعني القرار شخصا معنيا ، فهذا لا يضمن عليه الصفة في الطلب ، وإلا لكان معنى ذلك تعدد طلبات تنفيذ أحكام الإلغاء بشكل يصعب حصره ، إذ أن ما تتمتع به هذه الأحكام من حجية على الكافة ، يعدد أصحاب المصلحة في تنفيذها ، ويتعددهم تتعدد طلبات الحكم بالغرامة . هنا استلزم مجلس الدولة أن يعني القرار هذا الشخص مباشرة أي يؤثر تأثيرا مباشرا على مركزه القانوني تعديلا أو إلغاء .

(١) T.A. Paris: 10 novembre 1995, Consorts X U. R.F.D Ad 1996. P

C.E 21 février 1996. M Cruveiller J.C A 109~ P 23

وعلى ذلك فإن هذه الصفة وقد أخذتها مجلس الدولة لأول مرة بمناسبة طلبات الحكم بالغرامة . من أبرر مايميزها أنها أضيق نطاقا من صفة صاحب المصلحة المباشرة في شأن دعوى الإلغاء ، إذ أن هذه الأخيرة ، وفقا لقضاء المجلس التقليدي ، تنسج لتصل إلى حد الإعتداد بصفة الساكن والمقيم في ضاحية معينة ، وصفة الممول الضريبي الإقليمي على نحو ما تؤكد أحكامه ، وتفصل كتب الفقه في هذا الشأن . إذ أن تلك الصفات إن كانت يعتد بها لقبول الطعن بالإلغاء ، إلا أنها ليست كذلك لقبول طلبات بالحكم بالغرامة ، وإلا لو كانت كافية لما رفض مجلس الدولة طلب الممولين للحكم بها كما سلف البيان ، وهما باتفاق أصحاب مصلحة في إقامة دعوى الإلغاء ، وسبب الرفض أنهما لم يكونا طرفا في الخصومة من جهة ، ولامعنيين مباشرة بقرارات المجلس البلدي بمنح القروض والمساعدات التي ألغيت قضائيا ^(١) .

لأجزم أن نطلب تلك الصفة محاولة يقترب بها مجلس الدولة في نطاق طلبات التنفيذ نحو شرط المصلحة التي يجب توافرها لقبول دعاوى الحقوق أو الدعوى المدنية بوجه خاص ، ويبتعد بها عن مفهوم المصلحة الموسع في نطاق دعوى الإلغاء وهذا مرده إلى حرصه على ضرورة التطبيق بين الشخص الذي من القرار الملغى مركزه وبين طالب الغرامة ، ولأن ذات التطبيق الذي يتوجب لتوافر المصلحة في دعاوى الحقوق بين صاحب الحق المقامة عنه تلك الدعوى، وبين رافعها . وسبب هذا الحرص رغبة المجلس في الحد من طلبات الغرامة التهديدية حتى لا يتسع مجال أعمالها مما يؤدي في النهاية إلى إفلاس خزانة الإدارة ، واتخاذها سبيلا للإثراء على حسابها . فأراد مدفوعا بتلك الرغبة قصرها على من مسهم للقرار الملغى بصورة فعلية دون أولئك الذين لم يتعلق بهم ممن لهم ظل من مصلحة في إقامة دعوى إلغاء تلك القرارات . أنها ذات الروح التي افضت بالمشرع إلى أن يقصر طلبات تنفيذ الأحكام سواء بتوجيه الأوامر أو بالحكم بغرامة تهديدية ، على أحكام المحاكم الإدارية العادية

SCANVIC (M.) conclusions sur C.E 27 janvier 1995 Melot. R.D.P. ^(١)
1995 P 535

والإستئنافية على من له صفة الطرف في الدعوى الصادر فيها الحكم تنفيذيه فحسب وفقا للمادة ٨ - ٤ من التقنين على نحو ماقدما . وبذلك تكون صفة المعنى بالقرار صفة مقصورة على طلبات الحكم بالغرامة فيما يدخل في اختصاص مجلس الدولة ، إذ أن هذا بمفهوم المخالفة للنص السابق لايجرى سريانه على الطلبات التي تقدم لتنفيذ أحكام المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، إذ أن تلك الصفة المطلوب فيها هي صفة الطرف فحسب .

كان السيد Gerard Melot موظفا متعاقدا مع وزارة الزراعة يوم أن صدر قانون ١١ يناير ١٩٨٤ الذي مادته ٧٩ تلزم الحكومة باتخاذ الإجراءات اللاتحجية اللازمة لتحويل الموظفين المتعاقدين إلى موظفين دائمين ضمن مجموعات بعض الوظائف الأساسية ، غير أن الوزارة لم تتخذ هذه الإجراءات ، فتقدم بعض هؤلاء الموظفين إلى وزير الزراعة بطلب في هذا الشأن ، غير أنه التزم الصمت ، مما مثل قرارا ضمنيا بالرفض كان من أثره أن أقاموا عليه طبعنا أمام مجلس الدولة الذي إلغاء بدوره بحكمه الصادر في ٨ يولييه ١٩٩٢ ، وإزاء عدم استجابة الوزارة إلى حكم الإلغاء ، تقدم بعض أطراف دعوى الإلغاء بطلب الحكم بغرامة تهديدية ضدها ، وقبل المجلس طلبهم باعتبارهم طرفا في هذه الدعوى ^(١) ، غير أن السيد Melot تقدم بعد ذلك بطلب آخر ، وهو لم يكن طرفا ولا ممثلا في تلك الدعوى . وإنما كان من أولئك الذين تتوافر فيهم شروط تطبيق النص السابق . وهذا معناه أن قرار رفض تطبيقه يؤثر على مركزه الوظيفي تأثيرا مباشرا ، ولذا عده المجلس من المعنيين بذلك القرار ، وقيل على اثر ذلك طلبه . وفي ذلك يقول ... اعتبارا بأن السيد Melot يطلب من مجلس الدولة الحكم على الدولة بغرامة تهديدية ألف فرنك يوميا بغرض تنفيذ حكم ٨ يولييه ١٩٩٢ الذي ألغى بمقتضاه مجلس الدولة ، وبناء على طلب السيدة والسيد Montard وآخرين .. قرارات الرفض الضمنية لطلبهم باتخاذ الإجراءات اللاتحجية اللازمة لتطبيق المادة ٧٩ من قانون

C.E 11 mars 1994. Soulat A.J 1994 P 388

(١)

C.E 11 mars 1994 Bouvin Rec p 115

١١ يناير ١٩٨٤ التى تتطوى على قواعد تنظيمية تتعلق بالوظيفة العامة بالدولة ... وإذا كان الطالب لم يكن طرفا فى النزاع الذى حسمه الحكم المطلوب تنفيذه ، فإنه يعتبر معنيا بالقرارات الضمنية التى ألغيت بشكل مباشر ، مما يستوجب قبول طلبه بالحكم بغرامة تهديدية ^(١) . وهذا على خلاف الموظف المتعاقد فى وزارة أخرى غير وزارة الزراعة ، إذ أنه لم يكن معنيا بقرارات وزير الزراعة بالرفض التى ألغاهها مجلس الدولة ، ولذا يكون طلبه مرفوضا لانتهاء هذه الصفة ^(٢) .

(٢) خصوم الطلب :

١١١ - لا تقتصر الصفة فى طلبها لقبول طلب الحكم بغرامة تهديدية على الطالب فحسب ، وإنما يلزم أن يكون الخصم أيضا متوافر فى شأنه صفة توجيه الطلب ضده . إذ وفقا للمادة الثانية من قانون الغرامة التهديدية والمادة ٨ - ٢ من التقنين لا بد أن يكون أحد الأشخاص الاعتبارية العامة ، أو الخاصة المكلفة بإدارة مرفق علم .

وتحديد الأشخاص الاعتبارية العامة يجرى وفقا لأمرين : تعداد حصري ، وآخر وصفي . والأول هو تحديد تقليدي وفقا له تنتوع هذه الأشخاص إلى أنواع ثلاثة : الأشخاص العامة الإقليمية ومثلها الدولة - بما يندرج تحتها من وزارات مختلفة والمحافظات والمراكز والمدن والأقسام وغيرها من الوحدات المحلية ^(٣) ، ثم الأشخاص العامة المرفقية ، ومثلها

(١) C.E 27 janvier 1995. Gérard Melot. Rec: p. 52. A.J. 1995. P. 157.

R.D.P. 1995. P 535. Concl: Scanvic.

C.E. 21 février 1996. Mme: Virion: J.C. A. 1997. P. 23.

C.E. 21 février 1996. M. Gonon. J.C.A. 1997. P. 23. (٢)

(٣) من أمثلة طلبات الحكم بغرامة تهديدية التى قبلت ضد هذه الأشخاص لتوافر صفة الشخص الاعتباري العام :

C.E. 15 oct. 1986 Mme leroux - A.J. 1986. P. 716.

C.E 17 mai 1985 Mme Menneret Rec p. 149. Concl: pauti.

المؤسسات العامة في فرنسا . والهيئات العامة كالجامعات ^(١) . وأخيرا الأشخاص العامة المهنية كالنقابات المهنية المختلفة . أما للتعدد الوصفي فيعتمد على تحديد أوصاف مايعد شخصا اعتباريا عاما ، ثم يجري تطبيق هذه الأوصاف على الجهة المراد اقامة الطلب ضدها لمعرفة ما إذا كانت شخصا عاما فعلا أم من أشخاص القانون الخاص . ووفقا للمعيار المستقر قضائيا تتمثل تلك الأوصاف فيما تتمتع به هذه الجهة من امتيازات السلطة العامة في تصريف شئونها ، من أبرزها مايعترف لها من سلطة اصدار قرارات ملزمة ، وما لها من حق في فرض تنفيذها جبرا على المخاطبين بها ، مثل صندوق الضمان الإجتماعي ^(٢) .

وعلى نحو ما ذكرنا سلفا كان نطاق سريان الغرامة مقصورا على الأشخاص الاعتبارية العامة ، إذ لم يكن يجوز تقديم طلبات توقيعها إلا ضدهم فحسب ، دون الأشخاص الاعتبارية الخاصة حتى المكلفة بإدارة مرفق علم ^(٣) . غير أن هذا الوضع كان منتقدا ، لاسيما وأن تلك الأشخاص يتمتع بامتيازات الأشخاص الاعتبارية العامة وتقوم على تسيير وإدارة مرافق الدولة ، مما يستتبع خضوعها لذات النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الذي يخضع له الأشخاص العامة . ولذلك بمقتضى قانون ٣٠ يولييه ١٩٨٧ أصبح يشملها تطبيق هذا النظام ، وتوافرت لها صفة توجبه طلب الحكم بالغرامة ضدها .

ولانتفاء صفة الشخص العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام رفضت محكمة استئناف باريس الإدارية طلب الحكم بغرامة تهديدية ضد أحد

(١) ومن أمثلة الأحكام الصادرة بقبول طلبات الحكم بغرامة تهديدية ضد المؤسسات العامة :

C.E. 14 janvier 1987. Mell Lucoin. Rec: p. 5. D. 1987. P. 21.

(٢) COSTA (J.P.): L'execution des décisions de justice. A.J. 1995 -
Numero Special du cinquantenaire P. 227.

(٣) C.E 17 octobre 1986, Martin. Rec: p. 234 concl: Roux. R.F.D. Ad. (٣)
1987. P.244. note: Prêtot

أشخاص القانون الخاص لتتخذ حكم تعويض صدر صدره من محكمته بباريس الإدارية ، وقالت في ذلك . إن نص المادة ٨ - ٤ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية التي أدخلت بمقتضى القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥ الصادر في ٨ فبراير ١٩٩٥ لايعترف للقاضي الإداري بسلطة الحكم بغرامة تهديدية إلا ضد الشخص الاعتباري العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام وفقا للمادة ٨ - ٢ من ذات التقنين . وعلى ذلك فإنه لايمكن قبول طلب الحكم بغرامة تهديدية ضد أحد أشخاص القانون الخاص غير المكلف بإدارة مرفق عام لإجباره على تنفيذ حكم التعويض الصادر ضده من المحكمة الإدارية ^(١) .

ثالثا: مدى جواز تقديم أكثر من طلب للإجبار على تنفيذ ذات الحكم:

١١٢ - أثارت قضية السيد Melot تساؤلا حول مدى إمكانية تقديم أكثر من طلب غرامة تهديدية لحمل الإدارة على تنفيذ حكم واحد . إذ أنه وعدد من زملائه تقدموا إلى مجلس الدولة بعدة طلبات بهذا الشأن لإجبار وزارة الزراعة على تنفيذ حكمه بإلغاء قرارها برفض اتخاذ الإجراءات اللائحة اللازمة لتطبيق قانون ١١ يناير ١٩٨٤- وأثير بشأن ذلك تساؤل آخر عما إذا كان قاضي الغرامة يستند ولايته بمجرد الحكم بها أم أن له أن يقضى بأكثر من غرامة بقدر عدد الطلبات التي تقدم إليه لهذا الغرض ؟ .

في المسألة وجهات نظر متعددة ، يستقر كل منها على رؤية خاصة لنص المادة الثانية من قانون الغرامة التهديدية ، ومايستوجبه تطبيقه ، نعرض أهمها ، ثم نبين أخيرا الموقف الذي تبناه مجلس الدولة :

(١) الرأي الأول :

١١٣ - يرى البعض أنه لايجوز لقاضي الغرامة قبول أكثر من طلب للحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكم واحد ، ويعتقدون بهذا الرأي مبدأ طلب عن كل حكم فحسب . ويستند أنصار هذا الرأي فيما ذهبوا إليه إلى حجتين :

CAA Paris 28mai 1996 S.A.R.L. Media cinéna Aménagement. (١)

أحدهما قانونية ، والأخرى مادية . ومفاد الأولى أن المشرع فى المادة الثانية من قانون الغرامة حين نص على أنه فى حالة عدم تنفيذ حكم إدارى يمكن لمجلس الدولة الحكم بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذه ، استخدم أداة التكرير الدالسة على المفرد (une) قبل كلمة الغرامة ، وإيثار المشرع لأسلوب المفرد هذا دليل على رغبته فى ألا يحكم إلا بغرامة تهديدية واحدة فحسب ، ولو كان يريد أن يحكم القاضى بأكثر من غرامة تهديدية لما عجز عن أن يصرح بذلك اتباعا لأسلوب الجمع لا المفرد .

أما عن الحجة المادية فهى تعكس التخوف من الأثر المترتب على تعدد طلبات الحكم بالغرامة من ضعف ميزانية الإدارة ، وإثراء المحكوم لهم بها على حسابها . ويدللون على ذلك بأن مجلس الدولة حكم بغرامة تهديدية فى امتناع وزارة الزراعة عن تنفيذ حكمه بإلغاء قراراتها بعدم اتخاذ الإجراءات اللازمة للزراعة لتطبيق قانون ١١ يناير ١٩٨٤ بألف فرنك يوميا بما يعادل ٣٠.٠٠٠ فرنك فى الشهر ، وهذا يصل الى ٣٦٥.٠٠٠ فرنك سنويا ، وإذا حكم للألف والخمسمائة موظف الذين يعينهم نفس الحكم بذات الغرامة لكان هذا معناه ملايين من الفرنكات مستفيع سنويا لمجرد التأخير فى تنفيذ حكم . وهذا ولاشك بالغ الأثر السيئ على ميزانية الدولة . ويزداد الأمر سوءا بالنسبة لميزانية الوحدات المحلية التى تعاني فى الغالب أزمات مالية مرهقة ^(١)

(٢) الرأى الثانى :

١١٤ - يرى أنصار هذا الرأى أنه ليس هناك ما يمنع تعدد طلبات الحكم بالغرامة لكفالة تنفيذ حكم واحد . كما أن القاضى لا يستفيد اختصاصه بمجرد الحكم بالغرامة أول مرة ، وإنما يظل متصلا بها حتى يجرى تصفيتيها وهذا معناه أنه إذا استشعر عدم كفايتها لفرض احترام الحكم على الإدارة ، وحثها على تنفيذه ، فإنه يراجع مقدارها الذى حكم به أول مرة ، ويعيد

(١) TOUVET(L.) et STAHL (J.H.): chronique générale de jurisprudence administrative française. A.J. 1995. P. 104.

تقديرها مرة أخرى وصولاً إلى قيمة يراها كافية للقضاء على ممانعتها .
والزعم بأن المشرع استخدم صيغة المفرد بقصد منع القاضى بالحكم بأكثر من
غرامة هو زعم خاطئ ؛ ذلك لأن هذه الصيغة هنا أبعد ماتكون عن فرض
حظر على القاضى بالألا يقبل أكثر من طلب لضمان تنفيذ ذات الحكم .

هذا إلى أن الرجوع إلى المادة الثانية من قانون الغرامة يتجلى منها أن
المشرع لا يحظر التعدد إن كان يستلزمه القضاء على غنت الإدارة ، والتغلب
على توانيها في التنفيذ ، فقد قدر أن الغرامة وسيلة مخولة إلى القاضى تسمح
له بإجبار الإدارة على تنفيذ حكمه . وهذا معناه أنه يترك له أمر تقدير قيمتها
على النحو الذى يراه كافياً لتحقيق هذا الغرض ، وكما أن المشرع ترك ذلك
لتقدير القاضى ، فإنه لا يكون هذا الأخير ، لاملزما بعدد محدد من المرات يحكم
فيها بتلك الغرامة ، ولا بقيمة معينة يتوقف عندها . ولذا فإن النص لا بصريحه
ولا بمقتضاه يحظر على القاضى قبول أكثر من طلب للحكم بغرامة تهديدية
لتنفيذ ذات الحكم ، طالما أنه قدر ضرورة ذلك لكفالة تنفيذه تبعاً لظروف الحال ،
ومجموعة العناصر المتعلقة بالدعوى ^(١) .

(٣) رأينا فى الموضوع :

١١٥ - يعيب رأى الأول مغالاته فى تفسير نص المادة الثانية من
قانون الغرامة ، فقد وقف عند ظاهر النص دون أن يبحث فى روحه ، تلك التسي
تكشف عن اتجاه المشرع إلى أن الغرامة ليست إلا وسيلة إجبار على احترام
الأحكام القضائية ، لا تصب بالوحدة ولا بالتعدد ، بقدر ما يبعد فى شأنها
والحكم بها بغايليتها على تحقيق غرضها . ولم يدر بخلد المشرع حين استعمل
أسلوب التكرير أو صيغة المفرد ، أن ذلك قد يقضى بأن يحمل قصده على
الوحدة لا التعدد ، وإلا لاستعان بأساليب تنل على مقصده التى يكشف عنها
روح تشريع الغرامة ، ورغبته فى أن تكون أداة فعالة للتنفيذ بغض النظر عن

SCANVIC (M.) : conclusions sur C.E 27 janvier 1995. M. Gerard (١)

Melot. R.D.P. 1995. P. 535.

تعددتها من عدمه . هذا إلى أن التذكير في الأصل اللغوي دليل على السُمولية والتعدد ، ولذا فالإحتكام إليه في التفسير يفضى قطعاً إلى القول بأن الأصل هو التعدد لا الأفراد .

هذا إلى أن الحجة المادية ليست بحجة مقنعة قدر هول الآثار المترتبة عليها ، إذ أن خطورتها لاتعود إلى الغرامة التهديدية ذاتها أو إلى تعددها أو أفرادها ، وإنما إلى تصرف الإدارة المستعلى على تنفيذ الأحكام . فالإدارة هي التي تجسم أثرها ، وتضاعف بتعنتها من قيمتها ، وإلا لو كانت نفذت لما كان هناك حاجة إلى الحكم بها مطلقاً ، أو أن كانت قد امتثلت لأفضى ذلك على الأقل إلى التقليل من قيمتها . إن سوء تصرف الإدارة ولاشك هو الذى يؤدي إلى أن ترتب الغرامة آثارها المالية الجسيمة ، وليست الغرامة ذاتها تعددت أو أفرزت ، وهذا ماكدل عليه مفوضة الحكومة Denis – Linton فى تقريرها فى قضية Soulat أن رغم تعدد الحكم على الإدارة بأكثر من غرامة إلا أنها لم تقم بمجرد البدء فى اتخاذ خطوات إعداد النصوص اللاتحجية اللازمة لتطبيق قانون ١١ يناير ١٩٨٤ ، بل ولم تعلن حتى عن نيتها فى اتخاذ هذه الإجراءات. ولعل هذا ما يؤكد أن مبلغ الغرامة مهما كان كبيراً إلا أنه أقل من أن يجبر الحكومة على أن تضع نهاية لموقفها المتعنت فى التنفيذ ^(١) .

إن الحرص لابد أن يكون فى جانب مبدأ المشروعية وسيادة القانون لا فى جانب الإدارة وماليتها . وهذا يتوجب حماية هذا المبدأ مهما كان الثمن وطالما أن الإدارة لم تنبأ به ، ومضت فى غيها ممتنعة عن التنفيذ ، فإنها تكون قد خلقت للقاضى مبرراً لملاحقتها بأحكام عديدة حتى تصعد للحق وتفى إليه بتنفيذ الحكم . فى هذه الحالة تكون الغرامة قد حققت رسالتها التى جعل المشرع القاضى قواماً على رعايتها وفقاً لما يراه مناسباً لتحقيقها . ويزكى البعض هذه الروى بمآذهب إليه من أن قيمة الغرامة التهديدية تعتبر زهيدة إذا

DENIS – LINTON : conclusions sur C.E 11 mars 1994. Soulat (١)
J.C.P. 1944. 2. 22333.

ماقورنت بالأهداف التي تقوم على رعايتها ، وإذا كان البعض يراها قليلة القيمة ، فإنه يمكن الرد على ذلك بأن عدم التنفيذ باهظ الثمن بشكل لا يمكن تحيله ، لأن معناه أن تضرب عرض الحائط بكل المبادئ التي قام نظام الغرامة التهديدية على ضمان احترامها ^(١) .

(٤) موقف مجلس الدولة :

١١٦ - لم يشأ مجلس الدولة أن يضيق على المتقاضين وفي التشريع سعة ، فأعرض عن تطبيق مانادي به أنصار الرأي الأول بألا يحكم إلا بغرامة واحدة لكفالة تنفيذ الحكم . ولذا نراه يقبل طلبين بالحكم بغرامة تهديدية إلزام وزارة الزراعة بتنفيذ حكمه الصادر في ٢٤ يونيو ١٩٩٢ مالف الذكر ، قدرها ألف فرنك يوميا في حكمين متتاليين أولهما للسيد Boivin ^(٢) ، والآخر لزميلة Soulat ^(٣) . عقب ذلك قدم Melot طلبا ثالثا للحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ الحكم ذاته . ويرفض مجلس الدولة هذه المرة طلبه . ولم يكن الرفض لسبق الحكم بها أكثر من مرة عن ذات الحكم ، وإنما لأن الظروف التي أحاطت بالطلب الجديد كانت لا تستوجب قبوله هذه المرة . فكما ذكرنا أن تقدير الحكم بالغرامة لأكثر من مرة مسألة يستقل بها القاضي تبعا لما يراه من استمرار عنت الإدارة في التنفيذ ، ومحاولتها لإعاقة رغم الحكم الصادر بالغرامة ضدها ^(٤) . توأكت مع الطلب الجديد في هذه المرة تصفية الغرامة للمحكوم بها في المرتين السابقتين

(١) LASCOMBE (M.) et autre : note Sous C.E. 11 mars 1994. Soulat J.C.P. 1994. 20 22333.

(٢) C.E 11 mars 1994, M. Boivin. J.C.P. 1994-2.22333. note: Lascombe et Vandendriessch.

(٣) C.E 11 mars 1994, M. Soulat. A.J. 1994. P. 388.

(٤) Rapport Public du conseil d'Etat 1995. E.D.C.E. 1995. No: 47. P. 442.

تتابعاً^(١) . وكان على إثر ذلك أن وزارة الزراعة اتخذت الخطوات الإيجابية لإصدار القرارات اللاتحجية للالتزمة لتطبيق المادة ٧٩ من قانون ١١ يناير ١٩٨٤ تنفيذاً لحكم مجلس الدولة آنف الذكر . والظروف على هذا النحو تقطع بأنه لامحل مرة ثالثة لطلب الحكم بالغرامة من جديد^(٢) .

ومرة أخرى ، وتقديراً لذات الظروف ، يرفض مجلس الدولة طلب ثان بالحكم بغرامة تهديدية لإجبار الحكومة على تنفيذ حكم محكمة إدارية بإلغاء رفض وزير التعمير دفع بعض المستحقات المالية للموظفين المتعاقدين للعمل بالوزارة ، وكان مجلس الدولة قد حكم بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ هذا الحكم بناء على طلب بعضهم سلفاً ، ولما أحدث حكم الغرامة أثره ، فإنه لا تكون هناك ضرورة للحكم ضد الدولة بغرامة تهديدية جديدة ، مما يستوجب رفض الطلب^(٣) .

الفرع الثاني

طلب المساعدة في التنفيذ كإجراء للحكم بالغرامة.

تمهيد :

١١٧ - لا يطلب ذو الشأن وفق هذه الحالة الحكم بغرامة تهديدية ، وإنما يلجأ إلى قسم التقرير والدراسات يلتمس تخلاً فعالاً لتثليل الصعاب التي تحول دون تنفيذ حكمه ، أو العقوبات التي تضعها الإدارة حائلة دون تنفيذه . وتتابع الإجراءات حتى يصل الأمر إلى مجلس الدولة الذي لا يجد مناصاً من

(١) C.E 6 janvier 1995, M. Boivin . A.J. 1995. P. 158.

C.E 27 janvier 1995, M. Soulat. R.D.P. 1995. P. 534.

(٢) C.E 27 janvier 1995. M. Melot. A.J. 1995. P. 157. R.D.P. 1995. P. 540. Concl: Scanvic.

(٣) C.E 16 juin 1997. Boarlen. Rec: p. 1021.

الحكم . حقا إن ذا الشأن لم يطلب الحكم بها ، وإنما كان طلبه مقصورا على المساعدة فى التنفيذ صراحة ، أنه على أى حال المعنى الذى انصرفت اليه إرادة المشرع فى المادة الثانية من قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ من أنه لمجلس الدولة فى حالة عدم تنفيذ حكم إدارى ، الحكم ، ولو بصفة مباشرة بغرامة تهديدية .

وإذا كان طلب المساعدة فى التنفيذ يؤول على هذا النحو إلى الحكم بغرامة تهديدية بغير طلب ، إذ يقضى إلى أن مجلس الدولة يحكم بها من تلقاء نفسه ، فإنه يثير فى تطبيقه أمورا ثلاثة : مدى تعارضه مع مبدأ : لا يحكم القاضى بما لم يطلبه الخصوم ، ونطاق تطبيقه ، وأخيرا نظامه الإجرائى .

أولا : مدى تعارض الحكم بالغرامة بغير طلب مع مبدأ لا يحكم القاضى بما لم يطلبه الخصوم :

١١٨ - الأصل أن القضاء ولاية لا تمارس بغير طلب ، فالطلب هو الإجراء الذى يعطى القاضى المسوغ القانونى لممارسة وظيفته القضائية . ويترتب على ذلك أثر هام ، أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى من تلقاء نفسه *d'office* ، حتى ولو كان متيقنا من صحة ما يقضى به قانونا ، لأنه حالئذ سيكون قد قضى بعلمه الشخصى ، وهذا لا يجوز . ومن وجهة أخرى لا يحق له ، حال أن يحكم فيما طلبه الخصوم ، أن يذهب إلى ما وراء ما طلبوا فيقضى بأكثر منه *ultra petita* ^(١) ، ولا يوقف عند ما هو دونه فيقضى بأقل منه *infra petita* ^(٢) .

غير أنه فى بعض الحالات يرخص المشرع للقاضى - أو يوجب عليه - أن يتصدى بحكم من تلقاء نفسه لمسائل لم تكن محلا لطلبات المتداعيين . ويكون ذلك حتى ولو لم يثر فى دفعهم . وهذا مرجعه تقديره لأهميته ، وقدر

C.E 6 mai 1988. Epoux cozette. Rec: p. 959.

(١)

C.E 26 février 1988. Office.HLM de Villeneuve-Sainte Georges. D. (٢)

A. 1988. P. 262.

اتصالها بالنظام العام على نحو تربو معه إلى مكانة تحول دون أن يترك أمرها لتقدير الخصوم .

ونظرا لأن تنفيذ الأحكام تكون لها ذات الطبيعة ، لارتباطه بالحجية التي لها مكانة المبادئ الدستورية ^(١) . وترقى مكانة في القضاء الإداري تسمو حتى على قواعد النظام العام ذاتها . إذ تقول المحكمة الإدارية العليا بأن حجية الشيء المقضي به تسمو على قواعد النظام العام ^(٢) . ونقول محكمة القضاء الإداري تليلا على ذلك جميعه بأن امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم يترتب مسئوليتها ، لأنه يعتبر اجراء خاطئا ينطوي على مخالفة أصل من الأصول القانونية وهو احترام حجية الشيء المقضي به ، والذي من شأنه إشاعة الطمأنينة واستقرار الأوضاع ، وإحاطة القضاء بسياج من الحماية ^(٣) .

إذن ، لما كان ذلك كذلك ، وكانت الغرامة التهديدية وسيلة مباشرة لتنفيذ الأحكام ، إذ غايتها كفالته ، فإن للقاضي أن يحكم بها مباشرة حتى ولو لم يوجد نص يجيز ذلك ، أو لم يطلبه الخصوم صراحة .

ولعل تلك الاعتبارات هي التي حدت بمحكمة النقض الفرنسية إلى أن تجيز للقاضي العادي الحكم بها مباشرة ، قيل أن يقرها المشرع لأول مرة بمقتضى قانون ٥ يولييه ١٩٧٢ الذى عدل بقانون ٩ يولييه ١٩٩١ ^(٤) . ويوضح بعض الفقهاء ذلك بقوله أن الإعراف للقاضي بالحكم مباشرة لا يخل بالمادة ٥

(١) VANNAKOOLOS (C.): la notion de droits acquis en droit administratif française. Paris. L.G.D.J. 1997. Préface de Gaudmet. P. 49.

(٢) المحكمة الإدارية العليا : ٧ يناير ١٩٦١. الطعن رقم ١١٥٧ لسنة ٩ القضائية . مجموعة الخمسة عشر عاما (١٩٦٥ - ١٩٨٠) الجزء الثاني . ص : ١٠٩٤ .

(٣) محكمة القضاء الإداري : ٢ ديسمبر ١٩٥٦. الدعوى رقم ١٥٢٨ لسنة ٦ القضائية . مجموعة السنة الحادية عشر . ص : ١٠٠ .

(٤) TERRE (F.) et autres : Droit civil: les obligations. Paris. Dalloz. 5^e édition. 1993. P. 781.

من تقنين المرافعات المدنية الجديد التي تحظر على القاضى أن يقضى بأكثر مما طلبه الخصوم ، وذلك لأن القاضى حين يحكم بها لا يضيف جديداً إلى طلبات الخصوم ، وإنما يستهدف فحصاً بالحكم بها ، كغالة تنفيذ ما قضى به . ولعل هذا ما يفسر جواز الحكم بها مباشرة ولأول مرة فى الإستئناف ^(١) .

ثانياً : النطاق العضوى لنظام الحكم بغير طلب :

١١٩ - للحكم مباشرة - أى بغير طلب صريح بالغرامة - نطاق عضوى لا يتجاوزه . إذ هو وفقاً للمادة الثانية من قانون الغرامة مقصور على مجلس الدولة دون غيره من جهات القضاء الإدارى ، فلا يجوز ذلك للمحاكم الإدارية العادية أو الإستئنافية . بل إن لتلك المحاكم ، وفقاً للمادة ٨ - ٤ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية ، إحالة الطلبات التى يقدمها إليها ذوو الشأن كغالة تنفيذ أحكامها إلى مجلس الدولة للفصل فيها . وحالئذ يكون لهذا الأخير أن يقضى فى حدود طلبات الخصوم ، سواء بأوامر مجردة بقتضيها التنفيذ ، أم بأوامر مقترنة بغرامة تهديدية يستوجبها .

وهذا الإستثناء المقصور على مجلس الدولة يعكس أولى مظاهر التمايز بين الغرامة فى المجال الإدارى ، ونظيرتها فى القانون الخاص . إذ أن الحكم بهذه الأخيرة لا يكون حكراً على قاض معين ، وإنما لكل قاض هذه السلطة . إذ تنص المادة ٣٣ من قانون ٩ يوليه ١٩٩١ - وقبلها المادة ٥ من قانون ٥ يوليه ١٩٧٢ - على أن لكل قاض ، ولو مباشرة ، أن يحكم بغرامة تهديدية لتنفيذ حكمه .

ويقول شراح القانون تفسيراً لهذا النص أنه يسرى على جميع قضاة القضاء العادى سواء كان القاضى المدنى أو التجارى ، أو الجنائى - حال أن

DONNIER (M.) : Voies d'exécution et procédures de (١)
distribution.Paris. Litec. 4^e édition. 1996. P. 90.

DU RUSQUEC (E.): Astreintes provisoires. J.C. pr. civ. 1994.
fas: 2130. p. 8 et ss.

يحكم بالتعويض في الشق المدني المرتبط بالدعوى الجنائية التي يفصل فيها -
أم المحاكم العمالية ، أو هيئات التحكيم ، أو قاضى الأمور المستعجلة . ولا
يتوقف الأمر عند هذا الحد ، وإنما يتعداه إلى الإعراف لغير القاضى مصدر
الحكم بأن يقضى بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ حكم صدر عن قاض آخر ، كما
هو الحال بالنسبة لقاضى التنفيذ ^(١) .

وقد يتساءل البعض لما أثر المشرع مجلس الدولة بالحكم بالغرامة
مباشرة دون المحاكم الإدارية عادية كانت أم استئنافية ، ولما هذه المغايرة فى
التنظيم الذى فرق به بين الغرامة الإدارية والمدنية ؟ . يعود ذلك فى حقيقة
الأمر إلى سببين : أحدهما فى والآخر قانونى ، تتجسد فيهما رغبة المشرع
فى أن يحقق بذلك تنفيذ سريع وفعال للأحكام الإدارية . فمن جهة السبب الفنى
أن مجلس الدولة يكون قدر على تلك التبعة من محاكم القضاء الإدارى
الأخرى . وليس مرجع هذه القدرة تفوقه عنها فى الكفاءة القانونية ، وإنما مردها
سهولة اتباع الإجراءات الإدارية التى تسبق الإلتجاء إلى الإجراءات القضائية .
إذ أن السيادة التى تتبعها المشرع فى هذا الشأن تقوم على أساس أن تنفيذ الحكم
يجرى على مرحلتين : مرحلة إدارية ، وأخرى قضائية . والأولى منهما
يتولاها قسم التقرير والدراسات ، وهو أحد الأقسام التابعة لمجلس الدولة ، إذ
يتخذ الإجراءات الودية للإتصال بالإدارة المعنية بعد أن يقدم له نو الشأن طلب
المساعدة فى التنفيذ ، أملاً فى تنفيذ الحكم دون اتباع الطريق القضائى بنقل
الأوراق إلى القسم القضائى بمجلس الدولة . فإذا نجحت مساعيه وتم التنفيذ فى
تلك المرحلة ، كان فى ذلك الغناء عن الإلتجاء إلى الإجراءات القضائية . وإذا
كان العكس تنتقل الأوراق إلى القسم القضائى لمجلس الدولة للحكم بالغرامة
مباشرة . إن وجود قسم التقرير بمجلس الدولة يمثل مناط القدرة لدى هذا
الأخير ، ويفسر سبب استئنائه بالحكم بالغرامة مباشرة ، ولذا فإن انفراد
مجلس الدولة بتلك السلطة بفضى لامحالة إلى الإختصار فى الوقت ، والإقتصاد

فى الإجراءات (١) . إذ لو عهد بتلك السلطة إلى المحاكم الإدارية العادية أو الإستئنافية ، فإن بعد مقرأها عن قسم التقرير ، سوف يفضى إلى اتفاق المزيد من الوقت وتطلب العديد من الإجراءات . وهذا يحول دون تحقيق الغاية التى قصدها المشرع من تطبيق نظام الغرامة فى المجال الإدارى من حيث سرعة التنفيذ ومرونة إجراءاته (٢) .

ومن ناحية السبب القانونى ، أن هذا الإستثناء قصد به ، وعلى نحو ما أوضحت الأعمال التحضيرية لقانون الغرامة ، أن يتقضى ذو الشأن الطعن فى الحكم الصادر بالغرامة أو برفضها أو بتصفيتها حال تحقق مقتضيات التصفية ، سواء بطريق الإستئناف أو النقض أمام مجلس الدولة . وذلك إذا ما عهد للمحاكم الإدارية أو محاكم الإستئناف الإدارية بسلطة الحكم مباشرة بالغرامة ، إذ أن كل حكم تصدره بالغرامة أو برفضها أو بتصفيتها أو برفض تصفيتها سيكون مآله الطعن أمام مجلس الدولة لاستئنافا - فى غير الحالات التى تدخل فى نطاق الاختصاص النوعى لمحاكم الإستئناف الإدارية - أم نقضا . وهذا ولاشك يكون من اثره إطالة الإجراءات ، وتباعد الوقت بين صدور الحكم الأسمى ، وتنفيذه بشكل يحول دون تحقيق تنفيذ فعال وسريع للأحكام . ومن هنا فإن فى استثناء المجلس بتلك السلطة اختصارا زمنيا ، واقتصادا إجرائيا (٣)

ثالثا : النظام الإجرائى للحكم بالغرامة التهديدية بغير طلب :

١٢٠ - لا تجرد هذه الحالة من الطلب مطلقا ، فأثره لازال جليا خلالها ، إذ لا يتحرك مجلس الدولة من تلقاء نفسه بالمعنى الحقيقى للتحررك التلقائى . حقا أن ذا الشأن لا يكون محل طلبه الحكم بالغرامة ، ولكنه كما ذكرنا يلتبس

(١) LONG (M.) et autres : les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Paris. Dalloz. 1996. P. 708.

(٢) LINOTTE (D.) : Execution des decisions de justice administrative et astreintes en matière administrative, J.C.P. 1981 -1-3011.

(٣) ELISABETH (B.B.) : L'astreinte en matière administrative D. 1981. (٣) P. 99.

تخلّا من قسم التقرير والدراسات بمجلس الدولة لتتّلي عتبات إدارية حالت دون تنفيذ الحكم الصادر لصالحه . وتتداعى الإجراءات إلى أن يصل الأمر إلى مجلس الدولة فيحكم بالغرامة . إذ أن الطلب هو نقطة البداية للتتابع الإجرائى وصولا إلى الحكم بالغرامة . وهذا مايدعونا إلى القول بأن دوره لا يخبو حتّى فى تلك الحالة . وهو أيضا ميمثل فرقا جديدا بين الحكم مباشرة بالغرامة هنا ، وبين نظيرتها فى نطاق تنفيذ أحكام القضاء العادى ^(١).

ووجه التفرقة تتبدى فى أن القاضى العادى يمكنه مباشرة أن يحكم فى ذات حكمه الأصلى بغرامة تهديدية توقع حال امتناع أو إهمال المحكوم ضده فى تنفيذ هذا الحكم . وتحققا لذلك لايلزم أن يصدر الحكم بها مسبقا ، ولايشترط أن يكون واجهيا صادرا فى حضور المتداعيين ^(٢) ، والوضع يختلف بالنسبة لمجلس الدولة ، إذ لابد لكى يمارس هذه السلطة من المرور بمراحل إجرائية ثلاث : المرحلة الأولى وهى تلك التى تلى إصدار الحكم الإدارى ، ثم يصادف تنفيذه اعراضا أو معانعة من الإدارة . وفى المرحلة الثانية وفيها يتقدم ذوو الشأن بطلب المساعدة فى التنفيذ إلى قسم التقرير والدراسات بمجلس الدولة ، طالبا أن يتخذ الإجراءات اللازمة للإتصال بالإدارة لمعاونته على تنفيذ الحكم . ويشترط لتقديم هذه الطلب أن يكون قد مضت مدة ثلاثة أشهر على اعلان الحكم المطلوب تنفيذه إذا كان هذا الأخير صادرا عن المحاكم الإدارية أو محاكم الإستئناف الإدارية ، ومدة ستة أشهر إن كان صادرا عن مجلس الدولة . ولكن هذا الشرط لايسرى فى حالات ثلاث : أولها إذا كانت الإدارة قد أعلنت صراحة رفضها لتنفيذ الحكم ، والأخرى إذا كان الحكم من الأحكام المستعجلة لاسيما إن كان صادرا بوقف تنفيذ قرار إدارى مطعون عليه بالإلغاء . وأخيرا

BON (P.) : un progrès de L'Etat de droit : Lo loi 16 juillet 1980 ^(١)
relative aux astreintes en matière administrative et a L'exécution
des jugements par la puissance publiques. R.D.P. 1981. P. 35.

Cass . civ : 21 mars 1979. D. 1979. P. 449. Note : Santa – Coroce. ^(٢)

إذا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم قد حددت مدة لتنفيذه ، حالئذ يقدم طلب المساعدة في التنفيذ بعد انتهاء هذه المدة ^(١) .

أما المرحلة الثالثة ففيها يتولى قسم التقرير الإتصال بالإدارة المعنية ملتصقا منها بتنفيذ الحكم ، فإذا نجحت جهوده في ذلك ، ونفذت الحكم فعلا ، انتهى الأمر عند هذا الحد . ويكون طلب المساعدة في التنفيذ قد حقق أثره الإيجابي بالتنفيذ فعلا . إما إذا باءت بالفشل وأصرت الإدارة على عنادها ، يتوجب على رئيس قسم التقرير أن ينقل الأوراق إلى رئيس القسم القضائي بمجلس الدولة لاتخاذ إجراءات الحكم بالغرامة مباشرة . وهنا يكون على هذا الأخير أن يصدر أمره بالبدء بتلك الإجراءات ، ويسجل هذا الأمر بأمانة القسم القضائي لتحديد جلسة نظر تلك المنازعة ، يخطر بشأنها الأطراف المعنية ، مقدم طلب المساعدة والإدارة الممتنعة عن التنفيذ . على أن يفصل في تلك المنازعة على وجه السرعة وفقا للإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة للفصل في الدعاوى الإدارية ^(٢) . وهذا معناه أن الحكم بالغرامة لابد أن يكون وجاهيا يصدر بعد تحقيق في حضور أطراف تلك المنازعة ، على خلاف الحكم مباشرة بالغرامة المدنية إذ لايلزم أن يكون وجاهيا . وإنما يمكن صدوره في غيبة الخصوم . كما يجب أن يكون مسببا . وهذا أيضا ليس بلازم بالنسبة للحكم الصادر بالغرامة المدنية مباشرة كما ذكرنا سلفا . ولايعنى هذا أن مجلس الدولة يكون ملزما بالحكم بالغرامة في هذه الحالة ، إذ الأمر يخضع لسلطته التقديرية إن شاء قضى بها ، وإن أبى لايقضى طالما كان هناك من الأسباب الساتعة مايقضيه .

ومن الناحية العملية لم يستخدم مجلس الدولة حتى الآن هذه السلطة في حدود مائعلم . والسبب في ذلك لايعود إلى المجلس ذاته ، وموقفه الراض لها،

(١) المادة ٥٩ من لائحة ٣٠ يولييه ١٩٦٣ معذلة بالمادة الرابعة من لائحة ٣ يولييه ١٩٩٥ .

(٢) المادة ٥٩ - ٤ من لائحة ٣٠ يولييه ١٩٦٣ معذلة باللائحة ٨٣١ لسنة ١٩٩٠ الصادرة في ٣ يولييه ١٩٩٥ .

وإنما مرجعه تعدد إجراءاتها على نحو لايسعف د: الشأن في تحقيق مايرجوه منها . بل إنه قد ينفق وقتا طويلا بين اتباع إجراءات إدارية ، وأخرى قضائية ثم لا يصل في نهاية الأمر إلى مبتغاه . ولعل هذا ماجعل المتقاضون يؤثرون عليه طريق الطلب الصريح ^(١) ، فصار بالنسبة لهذا الطريق ، على الأقل من الناحية العملية ، القاعدة والمنطلق الأساسي لإجراءات الحكم بالغرامة .

المطلب الثاني

الفصل في طلب الحكم بالغرامة التهديدية

تمهيد :

١٢١ - بعد تقديم طلب الحكم بالغرامة يبدأ مرحلة إجرائية جديدة ، تمر بدورها بخطوات ثلاث تتابع تتابعا زمنيا مرحليا : تحديد القاضى المختص بالفصل في الطلب ، مهمة هذا القاضى في تحقيق الطنب ، وأخيرا صدور الحكم فيه إما بقبوله والحكم بالغرامة ، أو برفضه بما يستتبعه من رفض الحكم بها .

وهكذا نتناول في فرع أول الإختصاص بالفصل في طلب الحكم بالغرامة ، ثم نبين مهمة قاضى الغرامة في تحقيق هذا الطلب في فرع ثان ، وأخيرا وفي فرع ثالث نعرض للحكم الصادر في هذا الطلب .

الفرع الثاني

الإختصاص بالفصل في طلب الغرامة التهديدية

تمهيد :

١٢٢ - يثور التساؤل عن القاضى الذى ينعقد له الإختصاص بالفصل

فى طلب الغرامة ، هل هو ذاته الذى اصدر الحكم المطلوب تنفيذه تحقيقاً لمبدأ التلازم بين قاضى الحكم وقاضى الغرامة المطبق اصلاً فى نظام الغرامة التهديدية المدنية ، أم أنه قاض آخر اختصه المشرع بالنظر فى تلك الطلبات ؟ . وهل يختلف الوضع فى هذا الشأن ، تبعاً لما إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه حكماً موضوعياً أم حكماً مستعجلاً أم يمتثل بشأنها جميعاً ؟

إن ثمة قواعد اجرائية ضابطة لمسألة الاختصاص ، أوردها المشرع بعضها فى قانون الغرامة التهديدية ، وأتى ببعضها الآخر فى تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ، يتنوع وفقاً لها الاختصاص النوعى بالفصل فى طلبات الغرامة بين مجلس الدولة من جهة ، والمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية من جهة أخرى ^(١) .

أولاً : اختصاص مجلس الدولة :

١٢٣ - حين صدر قانون الغرامة فى ١٦ يوليه ١٩٨٠ تبنى فكرة مركزية الاختصاص بالفصل فى طلباتها ، إذ عقدت مادته الثانية الاختصاص

(١) حال مناقشة قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ اقترح أحد أعضاء الجمعية الوطنية الفرنسية السيد Hyest أن يمتد الاختصاص بالحكم بالأوامر التنفيذية والغرامة التهديدية إلى القضاء الإدارى المتخصص ، مثل لجنة تحديد الرسوم الصحية والاجتماعية فيما بين الأقاليم ، ولجنة المساعدات الاجتماعية ، والمجالس التأديبية ، والمجلس الأعلى للتوظيف العامة ... ولكن هذا الاقتراح لاقى معارضة من الحكومة ، ومقرر لجنة القوانين السيد Porcher الذى أعلن أن ذلك يعنى أن نذهب بتلك السلطة مع خطورتها أبعد من اللازم ، ونمد نطاقها إلى غير ماتنقصه روح هذا المشروع . هذا إلى أن تلك اللجان يطعن فى قراراتها أمام مجلس الدولة بطريق الاستئناف أو النقض . وهذا فى حد ذاته يكفى كغالبية تنفيذها بطريق الأوامر والغرامة التهديدية . إذ يكون للمجلس حالئذ أن يقضى بها وفقاً للقواعد المطبقة فى هذا الشأن فيتحقق بذلك أمران : كغالبية تنفيذ متصدره من قرارات وأحكام ، والحفاظ على بقاء تطبيقها فى أضيق نطاق بشكل يحول دور إساءة استخدامها على نحو يخرج بها عن أهدافها .

المطلق لمجلس الدولة بتلقى طلبات الغرامة كغرامة تنفيذ جميع الأحكام الإدارية سواء ماصدر منها عن المحاكم الإدارية أو محاكم الإستئناف الإدارية أو ماصدر عن مجالس المنازعات الإدارية ، وجهات القضاء الإدارى المتخصص^(١) . وسواء كان غرضها كغرامة تنفيذ حكم موضوعى أو مستعجل ، أو كانت صادرة فى دعاوى الإلغاء أو دعاوى القضاء الكامل^(٢) ، كانت الأسباب الدافعة إلى تركيز هذا الاختصاص فى يد مجلس الدولة هى ذاتها الأسباب القانونية والفنية التى عرضنا لها سلفا ، والتى يبنى المشرع من ورائها سرعة التنفيذ وفعالية انجازه . وقد كان من أثر ذلك التزام المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية بإحالة مايقدم إليها من طلبات الغرامة التهديدية لتنفيذ أحكامها الى مجلس الدولة . وعلى ذلك قضى المجلس بأنه إذا كان الطاعن قد طلب من المحكمة الإدارية كغرامة تنفيذ حكمها بإلغاء رفض المجلس البلىء إعادته وإنهاء مدة تربيته إلى عمله . فإن هذا يعنى أنه يطلب من المحكمة إعادته تحت التهديد المالى ، مما يمثل طلبا بالحكم بغرامة تهديدية فيكون على المحكمة الإدارية إحالة هذا الطلب إلى مجلس الدولة^(٣)

مكث مجلس الدولة منفردا بهذا الاختصاص خمسة عشر عاما حتى صدر قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ الذى حمل رغبة المشرع فى تطبيق مبدأ التلازم بين قاضى الحكم وقاضى الغرامة المطبق بشأن الغرامة التهديدية فى نطاق القانون الخاص . فاعتبر قاضى الحكم بمثابة قاضى تنفيذ لأحكامه . على نحو ماقرره فى المادة ٨ - ٤ التى أدخلت الى نقيض المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية بموجب المادة ٦٢ من هذا القانون . غير أن لائحة تطبيقه تأخر صدورها مما أدى إلى امتناع مجلس الدولة عن تطبيق هذا النص حتى تصدر مبينة كيفية حدوثه . ولذا قضى بأنه يظل له الاختصاص المطلق بالحكم

(١) DUGRIP (O.) : op. cit.p. 20.

(٢) TERCINET (J.) : Vers la fin de l'inexécution des déxions juridic - tionnelles par l'administration?. A.J. 1981. P. 9.

(٣) C.E 26 février 1993. Cohen. Rec: p. 972.

حتى تصدر اللائحة التي تحدد نظام تطبيق المادة ٨ - ٤ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية (١) .

وبالفعل صدرت اللائحة رقم ٨٣١ لسنة ١٩٩٥ لتحدد في مادتها الرابعة عشر أن بداية أعمال توزيع الاختصاص بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية هو الأول من سبتمبر ١٩٩٥ ، ولتسوية الأوضاع المترتبة على ذلك قررت حكما انتقاليا موداه أن الطلبات التي قدمت إلى مجلس الدولة بغرامة تهديدية لتنفيذ الأحكام الصادرة عن تلك المحاكم قبل هذا التاريخ - ١ سبتمبر ١٩٩٥ - يظل منعقد له الإختصاص بالفصل فيها حتى يصدر حكما بشأنها . وهناك تطبيق فريد لمجلس الدولة مد بمقتضاء الإختصاص بالفصل في طلب الغرامة التهديدية لتنفيذ حكم محكمة إدارية قدم بعد ١ سبتمبر ١٩٩٥ ، وجعل سنده في ذلك أن ذا الشأن قدم إلى قسم التقرير طلب بمساعدته في تنفيذه قبل هذا التاريخ . وهنا اعتد المجلس بتاريخ تقديم الطلب إلى قسم التقرير ، وليس بتاريخ إحالة الأوراق إلى مجلس الدولة من رئيس هذا القسم باتخاذ اجراءات الحكم بالغرامة . وعلى هذا الأساس مد اختصاصه إليه .

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة بأن ينتج عن نصوص اللائحة رقم ٨٣١ لسنة ١٩٩٥ الصادرة في ٣١ يولييه ١٩٩٥ أن مجلس الدولة يظل مختصا بالفصل في طلب الغرامة لكفالة تنفيذ حكم محكمة إدارية الذي قدم بعد الأول من سبتمبر ١٩٩٥ . وذلك إذا كان الطاعن قبل هذا التاريخ قد تقدم إلى قسم التقرير والدراسات بمجلس الدولة بطلب لتذليل الصعوبات التي تعترضه لتنفيذ هذا الحكم (٢) .

ولم يبق إذن لمجلس الدولة من اختصاص في هذا الشأن إلا اختصاصه في طلبات الغرامة التهديدية في حالات ثلاث : الطلبات المتعلقة بالأحكام الصادرة عنه جريا على الأصل ، وتلك التي تحيلها إليه المحاكم الإدارية

C.E 12 avril 1995. Bartolo. Rec. p. 990.

(١)

C.E 10 février 1997 1997. Van-Lierde. Rec: p. 1021.

(٢)

العادية والإستئنافية بشأن الأحكام الصادرة عنها ، بمقتضى الفقرة الخامسة من المادة ٨ - ٤ من التقنين التى نصت على أن المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية يمكنها إحالة طلبات تنفيذ أحكامها للفصل فيها إلى مجلس الدولة . وأخيرا الأحكام أو القرارات الصادرة عن القضاء الإدارى المتخصصه . وفقا للتحديد السابق ، باعتبار أن المشرع لم يعترف لها بسلطة الفصل فى طلبات تنفيذ أحكامها ، مما يعنى أنها تظل تبعا للأصل من اختصاص مجلس الدولة . وعلى ذلك قضت محكمة نانت الإدارية ، بأن المادة ٨ - ٤ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية لاتجيز للمحكمة الإدارية الفصل فى طلبات تنفيذ قرارات جهات القضاء الإدارى المتخصص ، ولذا يكون طلب كفالة تنفيذ قرار لجنة تحديد الرسوم الصحية والإجتماعية المقدم اليها مرفوضا ^(١) .

ثانيا : اختصاص المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية :

١٢٤ - حقت المادة ٨-٤ من التقنين ، وكما ذكرنا ، مقتضيات التلازم بين قاضى الحكم وقاضى الغرامة . إذ نصت على أنه : فى حالة عدم تنفيذ حكم نهائى صادر عن محكمة ادارية أو محكمة استئناف ادارية يكون على ذى الشأن تقديم طلب تنفيذه إلى ذات المحكمة التى أصدرته . وتضيف فقرتها الثانية أنه إذا كان الحكم مطعونا فيه بالإستئناف ، فإن هذا الطلب يجب تقديمه إلى محكمة الإستئناف .

ومن هذا النص يبدو واضحا أن المحكمة الإدارية تختص بالفصل فى طلب الغرامة لما كان نهائيا من أحكامها باستفاد ميعاد الطعن فيه دون تقديمه ، فإذا طعن فيه بالإستئناف ، فإن محكمة الإستئناف هى التى تختص بالفصل فى طلب تنفيذه . أما أحكام محكمة الإستئناف الإدارية تعتبر بطبيعتها أحكاما نهائية . ولذا يكون الإختصاص بالفصل فى طلب تنفيذه لذات المحكمة التى

TA. Nantes : 8 janvier 1996, Centre d'aide par le Travail Foyer (١)
Savenay. Rec: p. 1108.

ولكن إلى أى قاضٍ يُعقد الاختصاص بالفصل فى طلب الغرامة لتنفيذ حكم طعن فيه بالإستئناف ، وقضت محكمة الإستئناف برفض الطعن وتأييد الحكم . هل لقاضى الحكم أم لقاضى الإستئناف ؟. فى المسألة وجهات نظر متباينة ، ولكل وجهة ما يؤيدها ويدعم صحتها .

قد يرى البعض أن قاضى الحكم هو المختص باعتباره القاضى الذى أصدره فيكون له جريا على الأصل كفالة تنفيذه . هذا إلى أن القول بأن قاضى الإستئناف هو الذى يُعقد له هذا الاختصاص يمكن الرد عليه بأنه قد استند اختصاصه بمجرد صدور حكمه . وقد يذهب البعض الآخر مذهباً مغايراً فيرى الاختصاص معقوداً لقاضى الإستئناف باعتباره يتفق مع قصد المشرع من أن يسند إليه الاختصاص بالفصل فى طلبات تنفيذ الأحكام التى ينظر الطعن فيها بالإستئناف . وهذا يفهم منه أن الحكم مجرد إن دخل فى حوزته يكون قد خرج برمته من ولاية محكمة أول درجة . فلا يكون لها اختصاص بشأن نظر طلبات تنفيذه . فإذا كان ذلك كذلك ، فإن الاختصاص يكون لامحالة لقاضى الإستئناف وإلا لكان طلب التنفيذ بغير قاضٍ يفصل فيه ، وهذا مالا يمكن قبوله.

ويبدو أن مجلس الدولة قد تبنى وجهة النظر الأخيرة ، حين استقرت فى تلك المسألة ، فأقرت بعد أن عرض تفصيلاً لنص المادة ٨ - ٤ من التقنين ، بأنه فى جميع الحالات التى يكون فيها الحكم الإدارى مطعوناً فيه بالإستئناف ، تكون محكمة الإستئناف هى المحكمة الوحيدة المختصة بالفصل فى طلبات تنفيذه ، حتى ولو قضت هذه المحكمة برفض الإستئناف^(١) .

وفهم من ذلك أنه يجوز تقديم طلب الغرامة لأول مرة أمام محكمة الإستئناف دون أن يعترض على ذلك بأنه يخالف مبدأ التقاضى على درجتين ، باعتبار أن غايته ليس زيادة التزامات الخصوم ، وإنما كفالة تنفيذ حكم

(١) C.E. "avis de Section" : 13 mars 1998. Mme Vindenagel, A.J. 1998. P. 459.

قضائي، وفرض احترامه على المحكوم ضده . هذا ما يستقر عليه الوضع فى نظام الغرامة فى القانون الخاص اذ يجوز طلبها لأول مرة أمام قاضى الإستئناف ، بل يجوز لهذا الأخير أيضا أن يقضى بها من تلقاء نفسه ^(١) . ويفهم منه أيضا أن محكمة الإستئناف تختص بنظر هذه الطلبات سواء بتقديم هذا الطلب أثناء نظر الإستئناف ، أو بعد صدور الحكم فيه ، إذ لا يستبعد اختصاصها بصدوره بشكل يتمتع فيه تقديمه اليها ، وإنما يظل لذى الشأن حق تقديم هذا الطلب اليها بعد صدوره وثبوت ممانعة الإدارة فى تنفيذه .

ورثة تساؤل حقيق إثارته ماذا لو استأنف المحكوم ضده الحكم ، وانشاء نظر الإستئناف تقدم المحكوم له بطلب الغرامة التهديدية لتنفيذه ، ثم ترك المستأنف استئنافه ، فهل يؤثر ذلك على الطلب واختصاص محكمة الإستئناف بالفصل فيه ؟ .

لا يترتب على ترك المستأنف لاستئنافه بشأن الطلب ذات الأثر المترتب على ترك الخصومة من حيث إعادة الخصوم إلى الحالة التى كانوا عليها قبل الدعوى أو الإستئناف المتنازل عنه ، إذ للطلب شأنه الخاص فى هذه الحالة باعتبار هدفه كفالة تنفيذ الشئ المقضى به . ولذلك قضت محكمة استئناف باريس الإدارية بأن محكمة الإستئناف التى تنتظر الإستئناف المقام ضد حكم محكمة ادارية تظل مختصة بالفصل فى طلب تنفيذ الحكم المستأنف حتى ولو ترك أو تنازل للمستأنف عن استئنافه ^(٢)

DONNIER (M.) : op. cit. P. 90.

(١)

CAA. Paris: 30 septembre 1997, Ibrahim. Rec: p. 1018.

(٢)

الفرع الثانى

تحقيق طلب الغرامة التهديدية

تمهيد :

١٢٥ - بعد أن يتحدد القاضى المختص بالفصل فى الطلب ، تنتقل الإجراءات تتابعا فى نطاق الفصل فيه تجاه تحقيقه . ولئن كان الأصل أن يفضى التحقيق إلى صدور حكم فيه قبولا أو رفضا ، فإنه قد يعترضه عارض يحول دون استمراره ، ويفضى به إلى الإقضاء بغير حكم . وفى حدود ماكشف عنه التطبيق العملى لخصومة الغرامة يتجسد هذا العارض فى ترك الطلب أو التنازل عنه بعد تحقيقه .

لنرى إذن فى ضوء تلك الأفكار بداية اجراءات تحقيق طلب الغرامة ، ثم نبين بعد ذلك حكم تركه أو التنازل عنه .

أولا : اجراءات تحقيق طلب الغرامة التهديدية :

١٢٦ - تفرق اجراءات تحقيق طلب الغرامة تبعاً لما اذا كان الطلب مقدماً إلى مجلس الدولة ، أم إلى المحاكم الإدارية العادية أو الإستئنافية .

(١) تحقيق طلب الغرامة أمام مجلس الدولة :

١٢٧ - فى عرضها لإجراءات تحقيق الطلب أمام مجلس الدولة جمعت المادة ٥٩ - ٤ من لائحة ٣٠ يوليه ١٩٦٣ بين إجمال وتفصيل .

ففيما يتناول طلب الغرامة فيه مع غيره من المنازعات الإدارية أشارت بإجمال إلى أن يفصل فى هذا الطلب ويحكم فيه وفقاً للإجراءات المتبعة بشأن الفصل فى المنازعات الإدارية أمام مجلس الدولة . اما فيما هو خاص بهذا الطلب فصلت عدداً من الإجراءات المتميزة التى تمضى على عدة خطوات متتالية .

تبدأ تلك الإجراءات بإحالة الطلب بعد ايداعه ، وفقاً للإجراءات السابقة ،

إلى إحدى الدوائر الفرعية section - sous التي تتولى مهمة تحضيره . وهي في سبيل ذلك تقوم بإرساله إلى قسم التقرير والدراسات باعتباره كما قدمنا القسم المسئول في مجلس الدولة عن مشاكل تنفيذ الأحكام الإدارية ، ليجت من ناحية عن الأسباب التي منعت الإدارة عن تنفيذ الحكم ، وما إذا كان هذا يعود إلى رفضها الصريح للتنفيذ ، أم امتناعها عنه دون قصد ، إما لعيب فسي منطوق الحكم حال دون استطاعتها فهم ما ينبغي عليها القيام به لعمل مقتضاه ، أو لظروف مادية حالت دونها ، تستوجب التماس العذر لها حتى تمضي بآثارها . وأيا كانت تلك الأسباب يكون على القسم الإتصال بالإدارة المعنية لتتذلل ، ما أمكن ، الصعوبات التي حالت دون التنفيذ ، ويلتزم في سبيل تأدية تلك المهام بمبدأ الوجاهية وما يقتضيه من كفالة حق الدفاع ، بحيث يكون الإجراءات التي يتخذها في حضور أطراف الطلب لإبداء ملاحظتهم ، ودفعهم بشأنها .

بعد انتهاء إجراءات تلك المرحلة إما بقبول الإدارة بتنفيذ الحكم أو إصرارها على عدم تنفيذه ، أو عدم استطاعتها ذلك لظروف خارجة عن إرادتها ، يقدم رئيس القسم تقريراً بما انتهى إليه التحقيق مشفوعاً برأيه بشأن طلب الزامه إما بقبوله ، أو برفضه ، أو باعتباره لاملح له ، أو بأنه لا يخل أصلاً في اختصاص القسم القضائي لمجلس الدولة . وبعد ذلك يعيد الملف كاملاً إلى الدائرة الفرعية المختصة ، التي يقوم رئيسها بدوره بإحالتها إلى القسم القضائي مقترناً بالرأى القانوني تمهيداً لصدور الحكم في الطلب ^(١) .

ورغبة من المشرع في تيسير إجراءات الحكم بالقرامة وسرعة الفصل فيها عهد المشرع في المادة ٦ من قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ إلى رئيس القسم القضائي بالمجلس باتخاذ الإجراءات اللازمة للفصل في الطلب ، وإصدار

(١) GALABERT (M.): l'application par le conseil d'Etat des dispositions de la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes. Mél: Peiser. Grenoble. Presses universitaires de Grenoble. 1995. P. 242.

الحكم فيها على أن يكون قراره في هذا الشأن مسببا .

(٢) تحقيق الطلب أمام المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية :

١٢٨ - لا توجد أى قاعدة خاصة لتحقيق الطلب يتميز بها عن غيره من الطلبات التى تختص بها المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية^(١). إذ تبعا للأصل العام يعين لكل قضية مقرر ، يتولى تحقيقها ومتابعة الإجراءات بشأنها. وفقا للمادة ٢٢٢ - ٣ من التقنين يتولى رئيس المحكمة المختصة أو المقرر المعين لهذا الغرض اتخاذ كل الإجراءات التى يراها لازمة لكفالة تنفيذ الحكم محل الطلب^(٢) .

بعد أن يتم فحص الطلب ، وتحقيق ما انطوى عليه من وقائع وأدلة ، يكون لرئيس المحكمة الإدارية العادية أو الإستئنافية اتخاذ أحد موقفين: إما الأمر بحفظ الطلب إداريا ، إذا تثبت من أنه غير مؤسس من الناحية القانونية ويكون عليه فى هذه الحالة إخطار الطالب بأمر الحفظ . وإما باتخاذ الإجراءات القضائية لصدور الحكم بالغرامة ، ويكون ذلك فى حالات ثلاث : إذا قرر أن الحكم بالغرامة هو السبيل الوحيد لإجبار الإدارة على تنفيذ الحكم محل الطلب ، أو إذا طلب منه ذو الشأن ذلك خلال الشهر التالى لإعلانه بأمر حفظ الطلب على نحو ماورد سلفا ، أو فى جميع الأحوال إذا انقضت مدة ستة أشهر على تقديم طلب الغرامة إلى المحكمة المختصة .

ولايفوتنا أن نشير إلى مسألتين أساسيتين : إن أمر رئيس المحكمة المختصة باتخاذ الإجراءات القضائية للحكم بالغرامة نهائى لايقبل الطعن بأى من طرق الطعن^(٣) . والآخر يتوجب على المحكمة التى تنتظر الطلب اتباعا

(١) HUGLO (ch.) et LEPAGE - JESSUA (C) : code des procedures contentieuses de droit public. Paris. Litec. 2^e edition. 1994. Préface de Vedel. P. 474.

(٢) CHAPUS (R.): Droit du contentieux administratif. Paris. Ment' cherstion. 6^e edition 1996. P. 907.

(٣) GUETTIER (ch.): op. cit P. 27

للإجراءات القضائية السابقة أن تفصل فيه على وجه السرعة ، حتى لا يكون طول هذه الإجراءات أمامها سببا جديدا للتأخير في التنفيذ ^(١) .

ثانيا : ترك طلب الغرامة التهديدية :

١٢٩ - بعد تحقيق الطلب قد لا يرغب مقدمه في أن يمضى به إلى غايته بصور حكم فيه . فيعلن تركه له أو تنازله عنه ، فيضع له نهاية قبل صدور حكم بشأنه . إما لرغبة ذاتية لا باعث عليها إلا إرادته الشخصية لعدم استكمال إجراءات التقاضى ، وإما لأن الإدارة قد قبلت تنفيذ الحكم أو توصلت إلى اتفاق بشأنه يرى فيه الغناء عن المضى فى إجراءات الطلب ^(٢) . وللتترك شروط وأنواع وآثار ، نعرض لها فى نطاق ما يخص طلبات الحكم بالغرامة ، على أن نحيل فى غير ذلك إلى القواعد العامة فى هذا الشأن .

(١) شروط ترك الطلب :

١٣٠ - يلزم لصحة الترك توافر شرطين يتعلق أحدهما بالطالب ، والآخر بالإدارة المقام ضدها الطلب . فمن ناحية الطالب (أو التارك) فضلا عما ينبغى أن يتوافر فيه من أهلية التقاضى التى هى ذاتها المتطلبة لتقسيم الطلب كما ورد سلفا . يجب أن يقع منه الترك صراحة بأن يعلن عن رغبته فى ترك طلبه بشكل لا يمتلأه غموض . فلا يكفى أن يتخذ موقفا يفترض معه الترك؛ لأن الترك لا يفترض ، اللهم إلا إذا كان هذا الموقف لا يدع مجالاً للشك فى أنه يرغب فى ترك خصومة الطلب ، كأن يطلب من القاضى اعتبار الطلب كأن لم يكن non - avenu وليس بلزم أن يعلن التارك رغبته فى الترك أمام قاضى الغرامة بنفسه ، وإنما يمكن أن يتولى ذلك نيابة عنه المحامى الموكل بمتابعة إجراءات الطلب .

T.A. strasbourg : 19 décembre 1995, Mme. Fiebig. R.F.D. Ad. (١)

1996. P. 349.

C.E 8 janvier 1969. Jacomet. Rec: p. 14. (٢)

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة بأنه إذا كانت محكمة بوردو الإدارية قد قضت في ٢ أبريل ١٩٨٧ بدفع مبلغ معين على سبيل التعويض للشركة الطالبة ، وأن المجلس البلدى لمنطقة Sarlat قد اتخذ بجلسته المنعقدة في ٩ مارس ١٩٨٨ الإجراءات الضرورية لتنفيذ هذا الحكم ، وأن محامى الشركة تقدم إلى مجلس الدولة بطلب باعتبار طلب الغرامة التهديدية المقدم من الشركة كأن لم يكن ، فإنه ينبغي اعتبار هذا الطلب بمثابة ترك لطلب الغرامة التهديدية ^(١) .

أما بالنسبة للطرف الآخر فى الطلب وهو الإدارة ، فلا يشترط من حيث الأصل لترتب الترك آثاره قبولها له ، وإنما هو يقع صحيحاً حال صدوره من الطالب . غير أنه يتوقف عن أعمال أثره إذا كانت الإدارة قد أبدت طلبات مقابلة conclusions reconventionnelles ، حتى ولو كانت تلك الطلبات تتمثل فى رفض الطلب أو رفض الدعوى أصلاً ^(٢) . حالئذ لا يقبل الترك إلا بقبول الإدارة له صراحة ، أو ضمناً بإعلان تنازلها عن طلباتها ^(٣) . فإذا اصر الطالب على تنازله عن طلبه لا يكون أمام المحكمة مناصاً من أن تستمر فى الفصل فى طلبات الإدارة ^(٤) .

(١) C.E. 25 novembre 1988. Sté. Etablissement. R. Mizzaro. Rec: p.884.

(٢) وفى ذات الاتجاه قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه .. لا يتم الترك بعد إبداء المدعى عليه لطلباته إلا بقوله ، وإذا كانت محافظة الإسكندرية قد طلبت رفض الدعوى أصلاً فى ملف طلب المعافاة ، ولم تبد قبولها لترك الخصومة ، فإن الترك لا يعتبر قد تم قانوناً طبقاً لأحكام قانون المرافعات بما لا يجوز معه النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون لهذا السبب .

المحكمة الإدارية العليا : ٢٩ مايو ١٩٧٧ . الطعن رقم ١١٨٠ لسنة ١٥ القضائية . مجموعة الخمسة عشر عاماً (١٩٦٥ - ١٩٨٠) الجزء الثانى ص : ١٠٥٦ - ١٠٥٧ .

(٣) C.E 22 mai 1958. Cie central de Travaux public. Rec. p. 290.

(٤) C.E 5 mars 1971. Roumengou. Rec: p. 196.

(٢) أنواع الترك :

١٣١ - الترك قد يكون كلياً يرد على الطلب جميعه . وقد يكون جزئياً يتعلق بجزء منه حال أن يقبل التجزئة . مثل ذلك أن يكون الطلب متضمناً الحكم بغرامة تهديدية وتوجيه أوامر تنفيذية إلى الإدارة ، حالئذ يمكن للتسار ك أن يتنازل عن الشق الأول أو الثاني من الطلب دون أن يؤثر الشق المتنازل عنه على الآخر ^(١) . وفي ذلك يقول مجلس الدولة : إذا كان السيد Camara قد أودع مذكرة في ٢٥ يولييه ١٩٨٩ لدى أمانة القسم القضائي لمجلس الدولة يعلن فيها تنازله كلياً عن الطلب الذي تقدم به إلى المجلس للحكم على الدولة بغرامة تهديدية قدرها ٥٠٠ فرنك يومياً للتأخير عن تنفيذ حكم محكمة ليسون الإدارية الصادر لصالحه في ٢٩ أغسطس ١٩٨٨ ، فلن هذا الترك يعد مقبولاً ^(٢) ومن وجهة أخرى يمكن أن يكون الترك بسيطاً مجرداً من أى شرط ، كما يمكن ، وعلى خلاف ترك الخصومة المدنية ، أن يكون مشروطاً . إذ يكون للطالب أن يقيد تركه للطلب بشروط معينة . كأن يقرن تركه بشرط تنفيذ الإدارة لجزء من الحكم يراه مرضياً لقناعته ، أو أن مصاريف الدعوى تتحملها الإدارة ذاتها ^(٣) ، أو أن تتنازل هذه الأخيرة عما أبنته من طلبات مقابلة ^(٤) .

(١) وفي إشارة إلى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه ... إذا تبين للمحكمة بعد قيام الطعن أمامها أن شطراً من النزاع المطروح أصبح غير قائم بتنازل المدعى عن طلبه فيه ، وقبول الجهة الإدارية لذلك ، فلا مندوحة أمامها من إثبات هذا الترك أو التنازل نزولاً على حكم القانون في هذا الخصوص .
المحكمة الإدارية العليا : ٥ مارس ١٩٧٨ . الطعان رقماً ٢٠٢ ، ٢١٤ لسنة ١٧ القضائية . مجموعة الخمسة عشر عاماً (١٩٦٥ - ١٩٨٠) الجزء الثاني . ص : ١٠٥٧ .

(٢) C.E 25 avril 1990. M. Camara. R.D.P. 1991. P. 867. Note : oberdorff

(٣) C.E 8 janvier 1969. Jacmet. Rec: p. 14.

(٤) C.E 27 fevrier 1957. Gare de Nedde. Rec: p. 129.

(٣) آثار الترك :

١٣٢ - يترتب الترك أثرا هاما يتمثل في زوال الطلب وماكان له من اثر في الحكم على الإدارة بغرامة تهديدية ، حتى ولو كان هذا الحكم سيصدر لاحالة . ولكن يجب مراعاة أن اثر الترك يكون مقصورا على محل الطلب الذى ورد عليه ، وليس على حقه فى الطلب ^(١) .

وهذا يترتب عليه نتيجة هامة أن الطالب يستطيع أن يقدم طلبا جديدا بالحكم بالغرامة ، لأن الذى تنازل عنه لم يكن حقه فى اقامة هذا الطلب ، وإنما الخصومة التى كانت محلا للطلب الذى تركه ، فيظل لذلك الحق فى الطلب قائما مثله فى هذا الشأن كمثل الحق فى اقامة الدعوى الذى لايعتريه الإنقضاء بترك الخصومة ، فيكون للتارك رفعها ثانية بعد تركه للخصومة .

ومن الجدير بالإشارة إذا تعدد طالبوا الغرامة . واتحدوا جميعا فى طلب واحد . فإذا حدث أن تنازل أحدهم أو بعضهم دون الآخرين فإن الطلب يعتبر متروكا بالنسبة لمن تنازل عنه ، وتستمر المحكمة فى الفصل فيه بالنسبة لأولئك الذين لم يتنازلوا عنه ، لاسيما أن موضوع الطلب ، وكما رأينا ، يكون قابلا للتجزئة ^(٢) .

الفرع الثالث

الحكم فى طلب الغرامة التهديدية

السلطة التقديرية لقاضى الغرامة فى قبول أو رفض الطلب :

١٣٣ - إذا مضى الطلب لجرائيا دون عارض الترك الذى يوقف أشوه ، فإنه يكون صالحا لأن يصدر القاضى فيه حكمه إما بقبوله بما يستتبعه الحكم

EUDE (C.): le désistement dans la procédure administratif contentieuse. ^(١)

A.J. 1984. P. 3 et ss.

C.E 21 juin 1997. M.Rougerie. Rec: p. 1104.

^(٢)

بالغرامة ، وإما برفضه بما يعنيه ذلك من رفض الحكم بها . وهنا يتمتع القاضى بسلطة تقديرية واسعة ، إذ لم يقيد المشرع باتجاه معين حتى ولو توافرت مقتضياته ، وإما له رفض الحكم بالغرامة حتى ولو توافرت حالة عدم تنفيذ ظاهرة ^(١) . ولعل هذا يوحى به نص المادة الثانية من قانون الغرامة الذى قرر بأن مجلس الدولة يستطيع الحكم بغرامة تهديدية . فالمشرع هنا لم يستعمل صيغة الوجوب ، وإنما حمل الأمر على الجواز والإمكانية ؛ ليفيد بأن مجلس الدولة له سلطة تقدير كاملة فى أن يقرر الحكم بالغرامة من عدمه . وهذا على خلاف فعله بشأن الأوامر التنفيذية فى المادة ١/٦ من ذات القانون إذ أوجب على مجلس الدولة أن يوجه إلى الإدارة أمرا باتخاذ اجراء يقتضيه تنفيذ الحكم ، إذا طلب ذو الشأن منه ذلك صراحة ، ورأى بالفعل أن هذا الاجراء مما يقتضيه التنفيذ على نحو ما ذكرنا سلفا .

وذاًت الوضع ينطبق على المحاكم الإدارية العادية أو الإستئنافية . فهى أيضا تتمتع بذات سلطة التقدير فى الحكم بالغرامة من عدمه . على خلاف ما رأينا بشأن سلطاتها فى توجيه أوامر إلى الإدارة باتخاذ اجراءات يقتضيها تنفيذ أحكامها المطلوب تنفيذها . وتؤكد ذلك المادة ٨ - ٤ من التقنين بنصها فى فقرتها الثالثة على أنه إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه لم يحدد الإجراءات اللازمة لتنفيذه ، فإنه يكون على المحكمة المختصة تحديدها ، ولها أيضا أن تحدد مدة يتم للتنفيذ خلالها ، كما أن لها الحكم بغرامة تهديدية . إذن المسألة تخضع لتقدير المحكمة إن شابت قضت بالغرامة ، وإن لم نشأ لاتقضى بها حتى ولو توافرت مقتضياتها ^(٢) .

(١) C.E 27 janvier 1995. M.Melat. Rec: p. 52.

C.E 8 avril 1994. Mme. Latchoumaninchetty. Rec: p. 1143.

C.E 29 decembre 1995. M. Kauvadias. R.F.D Ad. 1996. P. 64. (٢)

TA. Lyon : 29 mars 1995. Sci pegaz. R.F.D. Ad. 1996. P. 345.

TA Rennes: 29 janvier 1996. Aymerci luquet de Saint-Germain. R.F.D. Ad . 1996. P. 350.

إن في ضوء السلطة التقديرية التي يتمتع بها قاضي الغرامة ، يمكن أن نعرض للحكم الصادر بشأن طلبها سواء كان حكما بقبوله بما يستوجبه من الحكم بها ، أو برفضه بما يقتضيه من عدم القضاء بها ، لنبين بعد ذلك مدى إمكانية الطعن فيه .

أولا : الحكم بقبول الطلب :

١٣٤- تتعدد مظاهر السلطة التقديرية لقاضي الغرامة حال أن يحكم بها ، قابلا طلبها ، تعددا يتجلى في أمور ثلاثة : نوع الغرامة ، معدل الغرامة ، مدة الغرامة .

(١) أنواع الغرامة التهديدية :

١٣٥- تتنوع الغرامة التهديدية تبعا لسلطة القاضي في إلغائها أو تعديل قيمتها حال التصفية إلى نوعين : الغرامة النهائية definitive والغرامة المؤقتة provisoire . ولكل منهما من الأحكام ما يستوجب الوقوف عليها بشئ من التفصيل .

(أ) الغرامة النهائية :

١٣٦- لأن كانت لقاضي الغرامة سلطة تقدير قيمة هذه الغرامة ، مثلها في ذلك كمثل الغرامة المؤقتة ، فإنه يتجرد من سلطة إلغائها أو تعديلها عند تصنيفها إذ لا يستطيع ذلك إلا في حالة ما إذا كان عدم تنفيذ الإدارة للحكم يعود إلى قوة قاهرة أو حدث فجائي^(١) . وفي ذلك تنص المادة ٤ من قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ ، بأنه فيما عدا الحالات التي يعود فيها عدم التنفيذ إلى قوة قاهرة أو حدث فجائي ، لا يمكن لمجلس الدولة تعديل قيمة الغرامة النهائية عند التصفية .

وعلى نحو ما يجرى عليه العمل بشأن الغرامة التهديدية في المواد المدنية ، تمثل الغرامة النهائية في المنازعات الإدارية استثناء. إذ لا بد للقاضي

(١) DU RUSQUEC (E.): Astreintes : astreintes definitives et legales.

J.C. pr. Civ. 1993. Fas: 2140. P. 2.

أن يحدد في حكمه بأنها نهائية ، لأن الصفة النهائية للغرامة لا تفترض ، وإنما لابد من التصريح بها ^(١) . ومن هنا فإنه حال صمته عن بيان طبيعة الغرامة المحكوم بها ، يجرى تكييفها على الأصل . فتصير حائِثاً بمثابة غرامة مؤقتة . وعلى ذلك قضت المادة ٣ من قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ بأن الغرامة تكون مؤقتة مالم يحدد مجلس الدولة صراحة أنها نهائية . ومن جهة أخرى لايعنى صيرورة الحكم بالغرامة المؤقتة نهائياً ، أن هذه الأخيرة تتحول إلى غرامة نهائية ؛ لأن العبرة في تحديد طبيعتها ليست بما آل إليه الحكم القاضي بها ، وإنما بالصيغة التي أضفاها عليها القاضي حين حكم بها .

وإذا كان القاضي الإداري يتمتع بحرية اختيار الغرامة التي سيقضى بها، دونما قيد ولا شرط ، فإنه على خلافه القاضي العادي الذي لا يستطيع أن يقضى بغرامة نهائية إلا بتوافر شرطين حددتهما المادة ٣/٣٤ من قانون ٩ يولييه ١٩٩١ بنصها على أنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بغرامة نهائية إلا بعد أن يحكم بغرامة مؤقتة ، على أن يكون ذلك للمدة التي يحددها ^(٢) . وهنا يبرز الشيطان في تتابع: أولهما ضرورة أن يحكم القاضي أولاً بغرامة مؤقتة ، فإذا لم تكن فعالة في القضاء على ممانعة المحكوم ضده ورفضه التنفيذ ، يحكم القاضي بغرامة نهائية لمدة يحددها ، يتم بعدها تصفيتا . وعدم توافر أى من الشرطين يحيل الغرامة النهائية إلى غرامة مؤقتة ^(٣) .

وقد يحلو للبعض أن يسأَلَ إذا كانت نهائية الغرامة تحظر على القاضي تعديل قيمتها عند التصفية أو إلغائها بعد صدور الحكم بها ، فهل هذه النهائية تحول دون أن يعدلها أو يلغيها قاضي الموضوع حال أن يكون الحكم الصادر بها حكماً مستعجلاً ؟ . إذا كان الحكم الصادر في المواد المستعجلة الإدارية -

Cass - civ : 23 novembre 1994. D. 1995. P. 13. (١)

CHABS (F.) : La réforme de l'astreinte. D. 1992. P. 300. (٢)

CROWE (H.): La loi no; 91-650 du 9 juillet 1991. Portant réforme (٣)
des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de
l'exécution forcée. J.C.P. 1992-1-3555.

أو غيرها - لايحوز حجية أمام قاضى الموضوع ، فإن هذا يعنى أن قاضى الأمور المستعجلة إذا أصدر أمراً بغرامة نهائية لتنفيذ حكمه ، فإن هذا الأمر لا يتمتع بحجية الشيء المقضى به أمام قاضى الموضوع ، يترتب على ذلك أنه يكون ليذا الأخير الغاء أو تعديل هذه الغرامة . ولا تحول صفتها النهائية دون ذلك ، إذ أنها تمنع قاضى الأمور المستعجلة الذى قضى بها مسن الغائتها أو تعديلها فحسب (١) .

ويكون للمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ذات اختصاص مجلس الدولة بنفس نطاقه فى شأن الحكم بالغرامة النهائية فيما يتعلق بما تصدره من أحكام ، إذ وفقاً للمادة ٤/٨ من التقنين يكون لتلك المحاكم بنوعيتها ذات السلطات المخولة لمجلس الدولة فى المواد من ٣ إلى ٥ من قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ (٢) . وقد مضى بنا أن الحكم بالغرامة النهائية من السلطات المخولة لمجلس الدولة بمقتضى المادة ٣ من ذات القانون .

(ب) الغرامة المؤقتة :

١٣٧ - يتمتع قاضى الغرامة فى هذه الحالة ، على خلاف السابقة ، بسلطة تقديرية مزدوجة : فمن ناحية له حرية اختيار هذه الغرامة دون أن يقيده المشرع بقيد نوعى فى هذا الشأن . بل إن له الحكم بها حتى ولو طلب منه نوال الشأن أن يقضى بغرامة نهائية (٣) . ومن جهة ثانية يكون له سلطة تعديل أو الغاء الغرامة التى قضى بها عند التصفية حتى ولو كان عدم التنفيذ ثابتاً (٤) .

بهذا المفهوم تمثل الغرامة المؤقتة الأصل الذى يجرى عليه القضاء فى نطاق الغرامة التهديدية . ولقد ذكرنا سلفاً أن هذا المعنى هو الذى امتثل فى

(١) CHABAS(F.): *Astreintes ... op. cit.* P. 6.

(٢) T.A. Nantes : 12 mai 1995. M. Allais. A.J. 1997. P. 307.

(٣) CHABAS (F.): *op. cit.* P. 6.

(٤) C.E. 24 juillet 1987. Brolin. D. 1987. P. 188.

ذهن المشرع حال نصه في المادة ٣ من قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ بأن الغرامة تكون مؤقتة ما لم يحدد مجلس الدولة صراحة أنها نهائية . ويؤكد من الناحية العملية ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة - ومن قبله محكمة النقض الفرنسية - من أن القاضي إذا غفل عن بيان طبيعة الغرامة التي قضى بها ، فإنها تعتبر حائزة غرامة مؤقتة ^(١) . ويفسر من جهة أخرى أن غالبية أحكام مجلس الدولة الصادرة في هذا الشأن قضت بغرامة مؤقتة لانهائية ، لدرجة بندرمعها العثور على حكم حمل مضمونه غرامة نهائية سواء لمجلس الدولة أو للمحاكم الإدارية العادية أو الاستئنافية ^(٢) . باستثناء حكم لمحكمة نانت الإدارية التي قضت بغرامة نهائية قدرها ٥٠٠ فرنك يومياً ضد المكتب العلم للإسكان لإجباره على تنفيذ حكمها بإلغاء قراره بفصل أحد موظفيه ^(٣) . ويبدو أن السبب في ذلك يعود إلى تقدير القاضي الإداري لخطورة الغرامة . وقدر تأثيرها على ميزانية الأشخاص الاعتبارية العامة . لذا أراد أن يترك لها الفرصة الكاملة لتنفيذ ما امتنعت عن تنفيذه من الأحكام ، أو ما حالت الظروف دون الإمتثال له منها . فأنشأت الغرامة المؤقتة لأنها هي التي تمكن القاضي من الغائها أو التقليل من مقدارها بشكل يتناسب مع الظروف التي حالت دون التنفيذ أو أفضت إلى التأخير في حوثة .

ولعل هذا صدق لما دار حال مناقشة مشروع قانون الغرامة في مجلس الشيوخ . إذ كانت المادة الثانية من هذا المشروع الذي تقدمت به الحكومة إلى الجمعية الوطنية . تنص على أن الغرامة تكون في جميع الأحوال مؤقتة . إذ لم يكن في اتجاه الحكومة أن تتبع في شأن الغرامة في المواد الإدارية ، ما كان مطبقاً بخصوصها في نطاق القانون الخاص من الجمع بين الغرامة المؤقتة والنهائية . يزعم أنه في غالبية حالات عدم تنفيذ الأحكام الإدارية لا يكون مرجع

CHAPUS (R.): droit du contentieux... op. cit. P. 905. (١)

GUETTIER (ch.): Execution des jugements. J.C.A. 1995. Fas : (٢)
1112. P. 26.

T.A. Nantes : 12 mai 1995. M. Allais. A.J. 1997. P. 307. (٣)

ذلك إلى سوء نية الإدارة أو إلى امتناعها الصريح عن التنفيذ ، وإنما مردها إلى المصلحة العامة . وهذا يقتضى أن تكون الغرامة ، ودائما ، مؤقتة حتى يمكن عند تصفيتها تعديلها أو إلغاؤها كلياً اعتماداً بتلك الأسباب التى يرجع إليها عدم التنفيذ أو التأخير فيه . ولكن لم يلق هذا رأى حال عرض المشروع على مجلس الشيوخ قبولا . ويررر رفضه مقرر لجنة القوانين بالمجلس بقوله : إذا كانت الغرامة ، فى غالبية الحالات ، وعلى نحو مايجرى عليه العمل أمام القضاء المدنى مؤقتة . فإن هذا لاينفى أن هناك من الحالات مايبلى فيها سوء النية فى عدم التنفيذ مبلغا يعز على التجاهل ، يستوجب أن تجازى بغرامة نهائية . إن إذا كانت الغرامة المؤقتة تمثل أصلا له مايرره ، فإن الغرامة النهائية تعد استثناء له أيضا مايتوجب (١) .

(٢) معدل الغرامة التهديدية :

١٣٨ - مظهر آخر من مظاهر سلطة قاضى الغرامة التقديرية فى مجال الغرامة التهديدية . فهو هنا لايتقيد بأن يجعل للغرامة معدلا ماليا أو زمنيا معينا يقضى به . وإنما هو معدل متغير من قضية لأخرى ، وتبعاً لظروف كلى دعوى . يعتد فى تقديره ، تبعاً للإجاء القضائى فى هذا الشأن ، باعتبار ثلاث : خطورة مايترتب على عدم التنفيذ من نتائج بالنسبة لى الشأن ، مدى يسار الشخص الإعتبارى العلم الممتنع عن التنفيذ أو المتأخر فيه ، وأخيراً مدى كفايته للتعطب على معانة الإدارة للتنفيذ وحملها عليه كرها .

وتتجسد تلك الإعتبارات الثلاثة فى قضاء مجلس الدولة ، لتفسر المعدل المالى المتغير الذى يتراوح فى أحكامه ما بين ٥٠ فرنك عن كل يوم تتأخر فيه الإدارة عن التنفيذ (٢) ، ليصل إلى أقصى مايقضى به حتى الآن وهو ١٦٠٠٠ فرنك يومياً (٣) . هذا إلى أن المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ، وعلى نحو

(١) BON (P.): op. cit. P. 39-40.

(٢) C.E. 30mars 1994. Mme Loubet. Rec: p. 172.

(٣) C.E. 21 septembre 1988. D.1989. p. 124. Note; Debbasch.

مامثلنا سلفا ، لم يكن يتجاوز معدل ماقضت به من غرامة تهديدية ٥٠٠ ألف فرنك ولم يقل هذا المعدل عن مائة فرنك يوميا . بل تلك الإعتبارات أيضا توضح المعدل الزمني الذي ألزمه مجلس الدولة في قضائه ، وتابعته في هذا الشأن المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية . وهو أن يتخذ من اليوم وحدة زمنية لقياس مدى تأخر الإدارة في التنفيذ لحساب المبلغ الإجمالي للغرامة . ولم يثبت عنه ولو في حكم واحد أنه اعتد بالشهر أو العام أو حتى الساعة . وهذا على خلاف محكمة باريس الابتدائية التي قضت بغرامة تهديدية ضد أحد البنوك تحسب عن كل ساعة يتأخر فيها عن تقديم المعلومات المتعلقة بدين حجز عليه حجز مالمدين لدى الغير ^(١) .

ومن هنا لايتقيد قاضي الغرامة لابطليات ذى الشأن ، ولايقدر الضرر الذى لحق به من جراء عدم التنفيذ ^(٢) . ولايقال أن القاضى فى هذه الحالة يخل بقاعدة عدم الحكم بأقل مما يطلبه الخصوم *infra petita* . لأن الغرامة لم يقررها المشرع لإشباع رغبة الخصوم ، وإنما جعلها سبيلا لكفالة احترام أحكام القضاء . ولذا تخرج عن نطاق هذه القاعدة ، وتخضع لما يراه القاضى لازما لتنفيذ حكمه . ومن جهة أخرى أن عدم الإعتداد بقدر الضرر الذى لحق بـ ذى الشأن من عدم التنفيذ ، يفيد أن هناك فرقا كبيرا بين الحكم بالغرامة والحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ . ومظاهر التمييز فيها تتجلى فى عدة أمور : منها أن الغرامة مبلغ مالى متغير المقدار ، يتردد تبعاً لرؤية القاضى للمعدل الذى يحمل الإدارة على التنفيذ جبرا . وتتفاوت من حالة لأخرى تبعاً للوحدات الزمنية التى انقضت من وقت الحكم بها حتى تصفيتها ^(٣) . أما التعويض فهو مبلغ محدد ثابت يقضى به القاضى جملة واحدة لايعتريه تغيير زيادة تبعاً لمدة زمنية معينة . ومن جهة أخرى أن الغرامة

(١) TGI. Paris 25 mars 1982. R.J. 1982. P. 743.

(٢) DUGRIP (O.): op. cit. P. 22.

(٣) MALAURIE (P.) et autre : Droit civil: les obligation. Paris. Edition cijas. 7^e edition . 1997. P. 597.

كإجراء تهديدي لا يصلح الحكم الصادر بها مسوغا لتنفيذها جبرا قبل أن يصدر حكم التصفية . ولذا لابد من الإنتظار حتى ينجلي مصيرها وموقف الإدارة النهائي من التنفيذ ، ويقوم القاضى بتصقيتها . ولعل هذا مايفسر تكليف الحكم الصادر بها بأنه حكم مؤقت يتوقف مصيره على نتيجة التصفية ^(١) . وهذا على عكس التعويض الذى يعد الحكم الصادر به سندا لتنفيذ دون أن يعوقه غير اجراءات الطعن المقام ضده . وأخيرا وهو الأهم ، أن الغرامة لا تقدر كالتعويض بمعيار الضرر ؛ إذ لايعول فى تحديدها بقدر الضرر الذى لحق بالمحكوم له من عدم التنفيذ ، وإنما يستند فى تحديدها إلى معايير أخرى : منها معيار الغاية منها ، وهو رؤية القاضى للمعدل الذى يكون كافيا للإجبار على التنفيذ . ومن ثم ليس بشرط للحكم بها وجود ضرر لحق بالمحكوم له أو عدم وجوده . إذ الغاية منها الإجبار على التنفيذ لأجبر مانجم عن الإخلال به من أضرار ^(٢) .

ويترتب على ذلك التمايز بين الغرامة والتعويض نتيجة هامة مؤداها أن الحكم بها لا يحول دون اقامة دعوى تعويض عن الأضرار الناجمة عن التأخير فى التنفيذ . وبمعنى آخر أنه يمكن الجمع بينها وبين دعوى التعويض ^(٣) ، ولذا فإنه يمكن لذى الشأن الجمع بين مبلغ الغرامة المقرر له قضائيا بعد تصقيتها ، وبين مبلغ التعويض الذى حكم به نتيجة للأضرار التى لحقت به من جراء عدم التنفيذ ذاته . ولعل هذا ما قصد اليه المشرع حين نص فى المادة الثالثة من قانون الغرامة التهديدية على أن الغرامة تستقل عن التعويض عن الأضرار المترتبة على عدم التنفيذ أو التأخير فيه .

(١) انظر : أ.د رمضان ابو السعود : أحكام الإلتزام . اسكندرية . دار المطبوعات الجامعية . ١٩٩٨ . ص : ٧٩ .

(٢) أ.د جلال العوى : أصول أحكام الإلتزام والإثبات . اسكندرية . منشأة المعارف . ١٩٩٣ . ص : ٨٣ .

DUGRIP (O.): op. cit. P. 209.

(٣)

DORUSQUEC (E.): op. cit. P.9.

(٣) مدة الغرامة التهديدية :

١٣٩ - تثير مسألة تحديد مدة الغرامة أمرين : أولهما المدة التي يستغرقها سريانها من جهة . والآخر اللحظة التي يبدأ منها هذا السريان . والمسألة بشقيها تركها المشرع أيضا لسلطة قاضي الغرامة التقديرية ، فهو يتمتع من جهة بحرية تحديد المدى الزمني للغرامة الذي بعده يجرى تصفيتها ، ويختار موعد بدايتها من جهة أخرى .^(١)

(أ) المدى الزمني لسريان الغرامة :

١٤٠ - لقاضي الغرامة الخيار بين عدة أمور : إما أن يحدد مدة معينة يستغرقها سريان الغرامة ، يتوقف عند نهايتها ، لتبدأ بعد ذلك إجراءات تصفيتها ، كأن تكون لمدة شهر أو أكثر أو أقل مثلا . وإما أن يترك تلك المدة بلا تحديد فتظل مستغرقة في سريانها ، حتى يبلغ اليأس من تنفيذ الإدارة للحكم مداه ، فتتخذ إجراءات تصفيتها ، حالئذ تتوقف عن السريان . وإما أن يعلن صراحة في الحكم الصادر بها أنها تظل سارية حتى تمام تنفيذ الحكم الممتنع عن تنفيذه . ولاتنقيد سلطة قاضي الغرامة بشأن تلك المدة حتى ولو حدها صراحة ، إذ يكون له رغم ذلك سلطة تعديل هذه المدة بعد الحكم بها زياداً أو نقصاناً ، تبعاً لمقتضيات الحال ، ومدى فاعلية الغرامة المحكوم بها في التأثير على موقف الإدارة من تنفيذ الحكم .^(٢)

ويؤثر للقاضي الإداري أن يتخذ من تاريخ تنفيذ الحكم نهاية لمدة سريان الغرامة . ويتفق هذا الذي أثره مع غاية الغرامة الإدارية التي تتمثل في اعتبارها أداة للتغلب على رفض الإدارة للتنفيذ وإكراهها عليه . فإذا ماتحتقت تلك الغاية ، وبلغت الإدارة بالتنفيذ مداه القانوني ، فلا حاجة أن لاستمرار الغرامة في سريانها . بل إن هذا يعد بمثابة رسالة يوجهها للقاضي إلى الإدارة

(١) PERROT (P.): l'astreinte ses aspects nouveaux. G.P. 1991. -2-

P. 801.

BON (P.): op. cit. P. 39.

(٢)

بأن الغرامة ستظل قائمة تتزايد يوما بعد يوم إلى أن تمتثل لحكم القضاء ، وترضخ لتنفيذه . فإن شاعت لنفسها السلامة فما عليها إلا المبادرة بالتنفيذ باعتباره غاية يتوقف عندها معدل تزايد الغرامة ، وإن ابت ستظل في سريانها حتى ترهق ميزانيتها ^(١) ، وعلى ذلك ندر أن نجد حكما لمجلس الدولة أو للمحاكم الإدارية العادية أو الإستئنافية يغفل فيه عن ذكر عبارة تفيد انتهاء مدة سريان الغرامة بتمام التنفيذ . ولقد سقنا عددا من الأحكام تؤكد ذلك . ونضيف إليها ما قضى به مجلس الدولة من الحكم بغرامة تهديدية ٢٠٠ فرنك يوميا تبدأ من اعلان الحكم وحتى تاريخ تنفيذ الحكم الممتنع عن تنفيذه ^(٢) . حتى في الحالات النادرة التي يغفل فيها عن ذكر تلك العبارة ، توجد في حكم الغرامة من القرائن ما يؤكد توقف مدة السريان عند بدء تنفيذ الحكم . ومن ذلك ما ذهبت إليه محكمة استراسبورج الإدارية من توجيه أمر إلى الإدارة بإعادة الموظف المفصول إلى عمله خلال شهرين من اعلان حكمها ، مع الحكم بغرامة تهديدية قدرها ٥٠٠ فرنك يوميا بدءا من اليوم الأول للشهر الثالث من اعلان هذا الحكم ، فالأمر التنفيذي بعودة الموظف إلى عمله بمثابة قرينة تفيد بأن تحقق مقتضاه ينفي سريان الغرامة الملزمة له ^(٣) . بيد أنه في بعض الحالات قد يتخذ قاضي الغرامة من ظرف آخر - زمنيا كان أم ماديا - وسيلة يستدل بها على انتهاء مدة تطبيق الغرامة ، أو إشارة بتحققها يستوقف سريانها . مثل ذلك قرينة بلوغ ذي الشأن سن التقاعد . كأن يكون الحكم بالغرامة غايته اجبار الإدارة على تنفيذ حكم صادر بالغاء فصل موظف لم يبق له من سن الخدمة إلا مدة بسيطة كشهرين مثلا أو أكثر بقليل أو لقل . وهنا يخشى قاضي الغرامة من أن يطلق للإدارة العنان ، فتعاطل في التنفيذ ، وتضع العراقيل حتى يتحقق

(١) BOUZELY (j.c.) : l'exécution des décisions de justice par les collectivités locales. R. Ad. 1987. P. 573.

(٢) C.E. 28 mai 1993. Mme. Bestien. Rec; p. 972.

C.E. 15 octobre 1986. Mme. Ieroux. Rec; p. 231.

C.E. 17 mai 1985. Mme. Menneret. Rec; p. 149.

(٣) T.A. Strasbourg. 14 juillet 1995. Kallou. Rec; p. 989.

هدفها ويحال هذا الشخص للتقاعد ، دون تنفيذ الحكم الصادر لصالحه . حالئذ يعلن فى حكم الغرامة بأن الغرامة تظل سارية إما إلى تنفيذ الحكم أو بلوغ صاحب الشأن سن المعاش على أقصى تقدير . ولذا قضى مجلس الدولة بغرامة قدرها ٥٠٠ فرنك ضد الإدارة إذا لم تنفذ الحكم الصادر بالغناء فصل أحد الموظفين بإعادته إلى عمله خلال أربعة أشهر من اعلان هذا الحكم وحتى قيامها بتنفيذه أو بلوغ صاحب الشأن سن التقاعد كحد أقصى (١) .

(ب) بداية سريان مدة الغرامة :

١٤١ - كانت لحظة بدء سريان مدة الغرامة محل خلاف فى القضاء العادى فلم تستقر أحكام محكمة النقض - الدائرة المدنية - على تلك اللحظة . إذ ثبتت فى بعض أحكامها رايًا ذهب إلى أن مدة الغرامة تبدأ من تاريخ صدور الحكم الذى قضى بها (٢) . واعتنقت فى بعضها الآخر رأى من اعتد فى ذلك بتاريخ اعلان هذا الحكم الى المحكوم ضده (٣) . وتحسم تلك المسألة بصدور لائحة ٣١ يوليه ١٩٩٢ التى اعترفت للقاضى بسلطة تحديد تاريخ بداية سريان الغرامة التهديدية .

ولم نثر تلك المشكلة فيما يتعلق ببدء سريان مدة الغرامة الإدارية . بل إن المشرع لم يتعرض لتلك المسألة لا من قريب ولا من بعيد . وإنما ترك أمرها لقاضى الغرامة ليقرر لحظة البدء وفقا لمقتضى الحال ، وظروف كل منازعة . ولقد اختط القاضى الإدارى له فى هذا الشأن موقفا متميزا للدرجة بالغة . فحدد لحظة البدء بانتهاء المدة التى يمهّلها للإدارة لكى تستعد لتنفيذ الحكم أو تتخذ خلالها الخطوات اللازمة لوضعه موضع التطبيق العملى ، إنها المدة المعقولة التى يراها قياسية لتحقيق هذا الغرض . إذ ربما تستهض هم الإدارة ، وتجعلها تقيق من غفوتها وتعلن سعيها للتنفيذ فتقطع الإجراءات بتلك

C.E. 22 fevrier 1995. Bureau. Rec. p. 991. (١)

Cass . Civ: 27 novembre 1980. G.P. 1981 – 2. P. 14. Note: Viatte. (٢)

Cass. Civ: 9 novembre 1976. P. 261. Note : Denis. (٣)

المبادرة ، وتتوقف عند هذا الحد . انها محاولة أخيرة يستهدف من خلالها القاضى تحقيق اعتبارين : الحفاظ على مالية الإدارة حرصا على الصالح العلم، وعدم التضحية بما للأحكام من حجية واحترام .

ولقد رأينا أن تحديد المدة المعقولة يتوقف على قدر مايمثله تنفيذ الحكم بالنسبة للطاعن من أهمية ، ومقدار ما يتطلبه من اجراءات ادارية ومالية لا يبد أن تتبعها الإدارة لحدوثه . والمتتبع لأحكام القضاء الإدارى فى هذا الشأن يلحظ أن تلك المدة تتراوح ما بين ثمانية أيام^(١) وستة أشهر^(٢) أو ثمانية أشهر^(٣) . وإذا كنا عددنا اسباب قصر أو طول تلك المدة فيما عرضنا له من أحكام فى هذا الشأن . فيكفى أن نذكر بأن مدة سريان الغرامة تبدأ من اليوم التالى لاتقضاء هذه المدة . فإذا كان هذا اليوم يوم عطلة ، تبدأ المدة فى سريانها من أول يوم عمل ، إذ هو اليوم الذى تتمكن فيه الإدارة من اتخاذ اجراءات تنفيذ الحكم وفقا للقواعد العامة -ولايفوتنا أن نشير أخيرا إلى أن المدة المقبولة التى يبدأ بعد انقضاءها سريان مدة الغرامة ، تبدأ من يوم اعلان الحكم بالغرامة إلى الإدارة^(٤) . ولكن على خلاف ذلك تماما قد لايعطى قاضى الغرامة مهلة للإدارة لتنفيذ الحكم، وحالئذ تبدأ سريان الغرامة من اليوم التالى لاعلان الحكم

T.A. Rennes : 28 septembre 1995. Mlle Jehan et autres. Rec: p. 984. (١)

C.E 21 fevrier 1997. Calbo. Rec: p. 1018. J.C.P. 1997-2- 22866. Note: M.L (٢)

C.E 13 janvier 1997. Viscentini. Rec: p. 1018.

C.E. 4novembre 1994. Mme. Leportier. J.C.P. 1996-2-22588 – concl: schwartz.

C.E. 15 avril 1988. Mme: Bechet. Rec. P. 968.

C.E. 27 mai 1987, sté: “ les tennis jean Becler. Rec: p. 890.

C.E. 21 fevrier 1997- Calbo. Rec: p. 1018. J.C.P. 1997 2 – 22866. Note : M.L.

C.E. 28 mars 1997, union nationale des associations familiales. R.F.D. Ad.(٣)
1997. P. 663.

C.E 27 mai 1987. Sté: les tennis jean Becker. Rec, p. 890. (٤)

الصادر بها وحتى التنفيذ^(١) .

ثانيا : الحكم برفض طلب الغرامة التهديدية :

١٤٢ - لأن كان رفض الطلب يعنى رفض الحكم بالغرامة ، فإنه يشير من الناحية العملية أمورا ثلاثة : الفرق بينه وبين ماتماثل معه فى الأثر كالحكم بالأل محل للطلب ، والحالات التى تستوجب الحكم به ، وأخيرا مدى اعتبار نهائية رفض الإدارة لتنفيذ الحكم سببا لرفض طلب الحكم بالغرامة .

(١) الفرق بين الحكم بالرفض والحكم بالأل محل للطلب :

١٤٣ - أحيانا يحكم قاضى الغرامة برفض الطلب . وفى حين آخر نواه يحكم بالأل محل للطلب . وعلى قدر اتحادهما فى الأثر ، إذ أن كليهما يفضى إلى عدم الحكم بالغرامة المطلوبة ، فإن بينهما اختلافا فى المعنى ، يستتبع مغايرة فى بعض اجراءات التطبيق .

(أ) معيار التفرقة بين الحكم بالرفض والحكم بالأل محل :

١٤٤ - إن الحكم بالأل محل يضع نهاية لخصومة الغرامة قبل أن تنصم بحكم فيها . وهو جريا على الأصل يرجع إلى سببين : أولهما انتفاء محل الطلب الذى به يفقد سبب وجوده . والآخر التصحيح التشريعى لأثار حكم الإلغاء الذى قدم طلب الغرامة للإجبار على تنفيذه^(٢) . ولكن مايهما السبب الأول باعتباره مثار الغموض فى التفرقة بينه وبين رفض الطلب ، لأنه من حالات الرفض أيضا أن يفقد الطلب سبب وجوده . وهذا ماحدث عند تنفيذ الحكم المطلوب تنفيذه . هذا إلى أن السبب الآخر عرضنا له تفصيلا سلفا .

ودون الخوض فى تفصيل تلك المسألة ، إذ المقام لايحتمله ، يمكن أن نستخلص من الإتجاه القضائى لمجلس الدولة أن معيار التمييز فيها يكمن فى وقت التنفيذ فى علاقته بالطلب . أى ماإذا كان للتنفيذ سابقا أم لاحقا على تقديم

C.E. 28 mai 1993 Mme Bastien. Rec: p. 972. (١)

CHAPUS (R.) : Droit du contentieux... op. cit. P. 528-530. (٢)

الطلب^(١) فإن كان سابقاً على تقديم طلب الغرامة الى المحكمة المختصة ، ففي هذه الحالة يقضى برفضه^(٢) . أما إذا كان لاحقاً رفع بعد تقديمه إلى ذات المحكمة ، حائزاً يكون عليها أن تقضى بألا محل له ، إذ بالتفويض يفقد الطلب مبرره^(٣) .

وبعيداً عن هذا المعيار ، الذي نرى في بعض الأحيان يخرج القاضى الإدارى عليه ، فيقضى بالرفض فى حالات يستوجب الحكم بألا محل للطلب أو العكس^(٤) ، نقول بعيداً عن اعتبار توقيت التنفيذ معياراً للتفرقة بين حالات الرفض وألا محل للطلب . هناك حالات أخر يقضى فيها بالرفض دون أن ترتبط بالتنفيذ ، كالحكم برفض الطلب لتقديمه من غير ذى صفة^(٥) أو على غير ذى صفة^(٦) ، أو لعدم تسديد الطالب رسم الدمغة^(٧) ، أو الحكم برفضه لتقديمه دون مراعاة شرط الميعاد^(٨) . وعلى الجانب الآخر تتعدد حالات الحكم

GUETTIER (ch.) : op. cit. P. 28. (١)

C.E. 27 mars 1996. Boulogne. Rec. p. 1104. (٢)

C.E. 3 février 1993. Boissonnet. Rec. p. 972.

C.E. 10 février 1984, Mlle. Singer. Rec: p. 712. R.D.P. 1985. Note : Drago.

C.E. 2 juillet 1982. Narboni. R.D.P. 1983. P. 856. Note: Drago.

C.E. 26 juin 1995, M.Tasset. J.C.A. 1997. P. 28. (٣)

C.E. 30 mai 1994. M. et Mme Piget. 2. C.A. 1995. P.4.

C.E. 27 juillet 1990. Samper. R.D.P. 1991. P. 867. Note : Drago.

C.E. 31 octobre 1983. M. Mélei : R.D.P. 1985. Note: Drago.

GUETTIER (ch.): op. cit.p. 28. (٤)

TAA. Paris 28 mai 1996. S.A.R.L Media cinema Amenagement. (٥)
Rec. P. 1111.

C.E. 13 novembre 1987. Mme tusques et Marcaillou. Rec: p. 360.

C.E 6 février 1995. Mme petillon. Rec. p. 965. (٦)

C.E 6 février 1995, Mme Pétillon-chenitzer. Rec: p. 965. (٧)

C.E 14 decembre 1994. M. Bennet. J.C.A. 1995. P. 3. (٨)

بألا محل للطلب دون صلة بمسألة التنفيذ مثل ذلك الحكم بألا محل للطلب
الغرامة لاستحالة التنفيذ^(١) . ولكن لاجتماعها معيار عام يمكن على هديه اجواء
تلك التفرقة .

(ب) أثر التفرقة بين الحكم بالرفض والحكم بألا محل :

١٤٥ - وقد يعن للبعض أن يتساءل عن القيمة العملية لتلك التفرقة ؟ .
الحق أن للتفرقة أهمية لا تنكر ، إذ على اساسها يتحدد أمران : الطرف الذى
يتحمل المصاريف القضائية جميعها ، والطرف الخاسر فى الدعوى الذى يلتزم
بدفع ما تقرره المحكمة من أتعاب التقاضى للطرف الآخر وفقا للمادة ٧٥ من
قانون ١٠ يولييه ١٩٩١ ، والمادة ٨ من التقنين . فمن الناحية الأولى فى حالة
الرفض يتحمل بتلك المصاريف مقدم طلب الغرامة ذاته ، أما فى حالة الحكم
بألا محل للطلب تتحمل بها الجهة الإدارية التى قدم الطلب فى مواجهتها ، إذ
أن امتناعها عن التنفيذ كان سببا لتقديمه فتتحمل لهذا الخطأ عبء تلك
المصاريف^(٢) .

ومن الناحية الأخرى فى حالة الحكم برفض الطلب لايحق لمقدمه مطالبة
الإدارة بدفع النفقات أو المصاريف التى يلتزم بدفعها الطرف الخاسر فى
الدعوى إلى الطرف الآخر . وهذا على عكس الحال فيما إذا كان الحكم بألا
محل للطلب ، حالئذ يكون لمقدم الطلب أن يطلب من قاضى الغرامة أن يحكم
له بتلك النفقات ، ويخضع تقدير هذه النفقات لقاضى الغرامة^(٣) . وعلى ذلك
قضى مجلس الدولة بأنه إذا كان لا محل لطلب الغرامة التهديدية لأن الإدارة
اتخذت خطوات ايجابية تحد تنفيذ للحكم بعد إيداعه أمانة القسم القضائى لمجلس

(١) C.E. 6 mai 1988. M. Bellot. Rec: p. 884.

C.E. 27 mars 1987. Mme Laulaney. R.D.P. 1987. P. 1388. Note : Drago.
LEOLMI (S.): Frais de justice . Repertoire de contentieux (٢)
administratif. Dalloz. Mise a jour 1993. T.1.p.5.

C.E 10 mai 1996. M. Deck. J.C.A. 1997. P. 28. (٣)

الدولة فإنه يكون للطلاب الحق في الحصول من الإدارة على مبلغ ١٠٠٠٠ فرنك نظير ماتكبده من نفقات قضائية^(١) .

(٢) حالات رفض الطلب :

١٤٦ - مدار تلك الحالات هنا ، فضلا عما ذكرنا سلفا ، ثبوت تنفيذ الإدارة للحكم الذي امتنعت عن تنفيذه ، فإن تحقق تنفيذها للحكم كان لا معدى عن الحكم برفض الطلب . ولذا قضى بأنه إذا ثبت أن وزير الصحة قد قدم لذي الشأن صورا من المستندات المطلوبة تنفيذا لحكم الغاء رفضه تسليمها اليه ، فإن هذا يعنى أنه قد نفذ حكم الإلغاء مما يقتضى رفض طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجباره على تنفيذ هذا الحكم^(٢) .

كما قضى من ناحية ثانية بأنه إذا كان وزير الإسكان والنقل قد قام بسداد مبلغ ٤٦٥١٦٤٧ فرنك في ٢٤ فبراير ١٩٨٩ ، ومبلغ ٥٨٢٢٢ فرنك في ٢٠ مارس ١٩٨٩ تنفيذا لحكم محكمة استراسبورج الإدارية الصادر في ٥ مايو ١٩٨٨ لصالح الشركة للطالبة ، فإن هذا الحكم يكون قد نفذ بما مفاده أن الطلب المقدم إلى مجلس الدولة للحكم بغرامة تهديدية لتنفيذه يكون حقيقيا بالرفض^(٣) .

وليس يلزم تمام التنفيذ للحكم برفض الطلب . وإنما يتحقق ذات الأثر إذا شرعت الإدارة في اتخاذ إجراءات التنفيذ ، أو أعلنت عن رغبتها الصادقة

(١) C.E 21 juillet 1995. Guibé. J.C.A. 1997. P. 28.

C.E. 15 juin 1994. M. Bergeret. Rec: p. 217.

C.E 24 fevrier 1984. M. Tete. Rec: p. 712. (٢)

C.E. 12 decembre 1984. Gardes. Rec. p. 420.

C.E 20 juin 1990, societ  Nordatlantische Hochsedefis. Cherie. (٣)

R.D.P. 1991 note : oberdorff.

C.E 17 mars 1993. organisme de gestion de l'enseig nement catholique de Saint-Joseph et Notre – Dame de Toutes joies et autres. Rec. p.972.

فى البدء فيه ^(١) . ولذا قضى برفض طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبار عمدة مدينة sarlat على تنفيذ حكم محكمة بورديو الإدارية بإلغاء قراره برفض السماح للطالب بالإطلاع على الوثائق الإدارية التى يرغب فى الإطلاع عليها ، إذ ثبت أن العمدة اتخذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم الإلغاء . بأن أخطر الطالب عن طريق قسم التقرير والدراسات بمجلس الدولة بعزمه على تنفيذ الحكم . وأقرن ذلك بالوثائق المطلوب الإطلاع عليها ، معلنا استعداداه لإتاحة الفرصة للطالب للإطلاع على مايرغب من الوثائق بمقر العمدة . الأمر الذى يجب معه الحكم برفض طلب الحكم بغرامة تهديدية لإجبارها على تنفيذ هذا الحكم ^(٢) .

وما ينبغى أن يند عن الخاطر أن قاضى الغرامة ليس قاض استئناف للحكم المطلوب تنفيذه تحت التهديد المالى ، أى الغرامة التهديدية . فلا يكون له تبعاً لذلك مثلاً أن يرفض طلب الغرامة ؛ لأن الحكم المطلوب تنفيذه قد اعتراه عيب يفقده الصحة ، وينتهى به إلى البطلان . إذ أن بحث ما إذا كان حكم الإلغاء أو التعويض فعلاً توافرت موجباته بأن انطوى القرار المطعون فيه على أحد عيوب الإلغاء ، أو انطوى تصرف الإدارة المفضى الى حكم التعويض على خطأ أضر بالطالب مما استوجب الحكم بتعويض له ، لا يكون لقاضى الغرامة أن يرفض طلبها لأى من تلك الأسباب ، لأن حالته تتعدى دوره الذى لايتجاوز التحقق فى فحصه لهذا الطلب من مدى توافر عدم التنفيذ والأسباب التى أفضت بالإدارة إلى الإمتناع عنه ، ليقرر ماينبغى عليه اتخاذه لرفض

C.E 8 avril 1994. Mme: Ballazi. D.C.A. 1995. P.3. (١)

C.E. 4 novembre 1994. E Abed El Alaoui. Rec. p. 493. A.J. 1995.

P. 231. Concl: Abraham.

C.E 6 mai 1983. M. Couderc. Rec: p. 178. A.J. 1983. P. 434. (٢)

C.E. 28 mai 1986. Sté Notre – Dame des fleurs. Rec. p. 151. A.J. 1986.

P. 461. Observ : Moreau.

احترام هذا الحكم على الإدارة ^(١) .

(٣) مدى اعتبار نهائية الرفض الإداري للتنفيذ سببا لرفض طلب الغرامة :

١٤٧ - ذكرنا أن ذا الشأن لا بد أن ينتظر انقضاء مدة ستة أشهر من اعلان الحكم المطلوب تنفيذه حتى يمكنه التقدم بطلب الحكم بالغرامة لتنفيذه . والسبب في اختيار مدة الستة أشهر لتكون ميعادا لتقديم الطلب ، انها تتكون من جزء من مدة الأربعة أشهر التي إذا انقضت دون رد الإدارة يعتبر هذا الصمت بمثابة رفض ضمنى ^(٢) . ومدة الشهرين الباقية ، وهى المدة التى من المفروض الطعن خلالها فى ذات القرار الضمنى بالإلغاء ، وإلا صار هذا القرار أو الرفض نهائيا مما لا يمكن معه الطعن فيه بالإلغاء .

وفى العديد من أحكامه اعتبر مجلس الدولة أن تحصن قرار رفض التنفيذ الضمنى ، لعدم قيام ذى الشأن بالطعن فيه بالإلغاء خلال شهرين من اليوم التالى لانقضاء مدة الأربعة أشهر على عدم رد الإدارة على طلبه المقدم إليها بتنفيذ الحكم ، يحيله إلى قرار نهائى يستوجب رفض طلب الحكم بالغرامة لإجبار الإدارة على تنفيذه ، إذ أن الصفة النهائية للرفض تحول دون الحكم بغرامة تهديدية لكفالة التنفيذ ^(٣) .

ويثور التساؤل عن سبب اعتناق مجلس الدولة لهذا الحل ؟ ويثور أيضا لما لم يطبقه على طلب السيدة Menneret التى لم تطعن فى قرار المجلس البلدى برفض تسجيل اسم والدها (مات من أجل فرنسا) على النصب التذكارى لموتى الإقليم من أجل فرنسا ، تنفيذا لحكم محكمة ليمسوج الإدارية الصادر فى أول فبراير ١٩٧٧ . رغم صيرورة هذا الرفض نهائيا لعدم طعن

HUBAC (S.) et autre : chronique générale de jurisprudence ^(١)
administrative française. A.J. 1985. P. 399.

RIVERO (J.) et WALINE (J.) : op. cit. P. 187. ^(٢)

C.E. 2 decembre 1983. Mlle leroux. Rec: p. 482. R. Ad. 1984. P. ^(٣)
265. Note: pacteau.

الطالبة في قرار الرفض خلال مدة الشهرين ^(١) .

يكمن سبب ذلك في مدى ما يترتب على قرار رفض التنفيذ من حقوق للغير . ففي الحالات التي لا يترتب للغير أية حقوق على قرار الرفض ، لا ينكسر مجلس الدولة على الطالب حقه في طلب الغرامة حتى ولو لم يطعن في قرار الرفض خلال المدة القانونية . أما إذا ترتبت هذه الحقوق يكون هنا محل لتطبيق هذا الحكم ^(٢) ، ولذا لما كان قرار رفض تسجيل والد السيدة Menneret غير منشأ لأي حق للغير ، ولم يكن هناك من حل محله في التسجيل إداريا ، فإن مجلس الدولة لم يرفض طلب الغرامة . وهذا على خلاف الوضع بالنسبة لطلب السيد Davaid بالحكم بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على إعادته إلى عمله بعد الغاء قرار فصله ، فقد ترتبت على رفض الإدارة لتنفيذ حقوق للغير ، إذ عينت الإدارة بدلا منه ، ولذا فإن عدم طعنه في قرار الرفض حال بينه وبين قبول طلبه بالحكم بالغرامة لتنفيذ حكم الغاء فصله ، على اعتبار أن تنفيذ هذا الحكم في هذا الحال سوف يضر بحقوق من عين بدلا منه حسن النية ^(٣) .

وعلى قدر ما ينطوي عليه هذا المبدأ من منطق ، إلا أنه كان عرضة لانتقادات فقهية شديدة . فمن ناحية إذا كان احترام حجية الأحكام تعد التزاما مطلقا على الإدارة ، فإنه بالحل الذي تبناه مجلس الدولة يقع الإصطدام لامحالة بين هذا الالتزام وبين نظام المواعيد المطبقة بشأن دعوى الإلغاء . إذ مع تقديس هذه المواعيد ، وما تقوم عليه من اعتبارات إلا أنه في مقام المفاضلة بينها وبين

C.E. 17 mai 1985. Mme: Menneret. Rec: p. 149. ^(١)

PACTEAU (B.): note sous C.E. 4 mai Milles Adin et leroux. 1990. ^(٢)
L.P.A 13 juin 1990. p. 14.

DAEL (S.) : conclusions sur C.E. 5 mai 1986. David. Rec: p. 130 ^(٣)

Pacteau (B.): note sous C.E 2 decembre 1983. Mlle: leroux. R. Ad.
1984. P. 265.

احترام حجية الأحكام تكون الغلبة بلا شك لهذه الأخيرة - التسي لايمكر التضحية بها من أجل الحفاظ على الإلتزام بتلك المواعيد ^(١) .

ومن جهة أخرى أن اعتبار نهائية رفض التنفيذ سبباً لرفض طلب الغرامة التهديدية يخالف إرادة المشرع التي يكشف عنها قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ ، والتي تتمثل في حث أشخاص القانون العام على سرعة تنفيذ الأحكام الإدارية احتراماً لما لها من حجية . هذه الرغبة نراه قد قلبت رأساً على عقب ببنى هذا الحل ، لأنه يعنى من المستحيل لاداة الإدارة بغرامة تهديدية حتى ولو انتهكت حجية الشيء المقضى به انتهاكاً جسيماً حال أن يغيب عن الطالب الطعن في قرارها بالرفض خلال موعده . وإذا قيل أن الطالب لابد أن يكون متيقظاً لا يغفل عن إقامة هذا الطعن في موعده ، يرد على ذلك بأن هذا يخالف أيضاً إرادة المشرع الماثلة في قانون الغرامة من أن الغرامة سبيل لمنع تراكم الطعن فوق الطعن ، والتكاليف الإجرائية على ذات التصرف ، إذ أن الغرامة في قصد المشرع طريقة تحول دون التعدد الهائل للطعون على الطعون والإلغاءات فوق الإلغاءات ^(٢) . فإذا كان ذلك كذلك لما يمنع قبول طلبها إذا لم يقيم الطالب طعناً بالإلغاء على قرار رفض الإدارة التنفيذ ؟! ودعونا نتساءل هل احترام حجية الأحكام لا يفرض على الإدارة مباشرة ، ويلزم لحدوثه اتباع طريق آخر للطعن في قرار الرفض ؟! .

وهب أن هذا الحل لا يخترق به مجلس الدولة كل تلك الحجج القانونية ، فإن هذا لا يطهره من سائبة الخطأ ، إذ أنه بمثابة جزاء للمحكوم لصالحه المتيقظ الذي يتوجه إلى الإدارة بطلب سابق لتنفيذ الحكم الصادر لصالحه فإذا لم يطعن في قرارها الضمني بالرفض فإن حاله يكون أسوأ من حال نظيره الذي لم يتبع ذات الطريق ، ولم يتجه إلى الإدارة طالباً تنفيذ الحكم الصادر أيضاً لصالحه .

LLORENS (F.): note sous C.E. 5 mai 1986. David. R.D.P. 1986. P. ^(١)

1474.

DELVOLVE (P.): op. cit. P. 125.

^(٢)

فالأول يفقده الحرص طلب الحكم بالغرامة ، والآخر يفقده الغفلة فى أن يكون طلبه مقبولا !! (١) .

وإذا قيل أن هذا الحل بعد محاولة من مجلس الدولة لحث الطالب على أن يبذل قصارى جهده لملاحقة الإدارة بالتنفيذ من جميع الأوجه المتاحة له قانونا . فإن هذا يمكن الرد عليه بأنه لما لاتعد كل مبادرة من الطامع بمثابة حث لها على التنفيذ ، أو سعى منه نحو تنفيذ الحكم الصادر لصالحه ، ومن ذلك تقديم طلب الى قسم التقرير بمجلس الدولة بالمساعدة القضائية فى التنفيذ أو طلب الغرامة الى قاضيها قبل انتهاء مدة الطعن ، واعتبار هذا الطلب أو ذلك قاطعا لميعاد الطعن بتجاوز السلطة ؟! (٢) . بل ولما لايعتبر مجلس الدولة انتصارا لحجية الأحكام الإدارية ، قرار الإدارة برفض التنفيذ عملا منعدهما ، وتطبيق عليه الأحكام الإجرائية للإنعدام ، فلا يخضع لشرط المدة ، ولايكتسب خاصية التحصين الذى يفضى إلى رفض طلب الحكم بالغرامة التهديدية (٣) .

ونأتى على حجة الحقوق المكتسبة التى كانت وراء اقرار هذا الحل القضائى . فهى بدورها لانتهض مبررا لقبوله ، وإلا لكان هذا معناه أن اكتساب الحقوق يمكن أن يمثل مبررا لخرق حجية الشئ المقضى . فالحجية اتفاقا تمثل سياجا للمقتضى ، وتعد بمثابة ضمانا لحماية تلك الحقوق . ولذا فلا يمكن التعلل بالحق المكتسب لإهدار مالها من قيمة (٤) . هذا إلى أن سياسة مجلس الدولة فى اعتبار الرفض نهائيا حائلا دون الحكم بالغرامة غير محددة . ففى بعض المنازعات نجد أنه لايعمل هذا الحل ولايثر فكرة الحقوق المكتسبة لتبرير رفض الحكم بالغرامة ، رغم وجود أضرار بتلك الحقوق بشأنها . حتى فى

LLORENS (F.): op. cit. P. 1470. (١)

LLORENS (F.): op.. cit. P. 1480. (٢)

LLORENS (F.): op. cit. P. 1479. (٣)

VANNAKOOVLOS (C.): la notion de droits acquis en droit (٤)

administratif française. Paris. L.G.D.J. 1997. Preface de Gaudmet.

P. 49.

منازعات الوظيفة العامة خرج على القواعد العامة بشأنها والتي تقتضى بأنه يترتب على إلغاء قرار الفصل إعادة الموظف الموصول إلى وظيفته حتى ولو ترتب على ذلك اعتداء على حقوق مكتسبة للغير . وهذا مايجرى عليه قضاء مجلس الدولة التقليدى فقد حكم فى قضية Rodiere ^(١) . فلما أتى هنا ليرتد عن قضائه بأن يعلن أن رفض إعادة الموظف تنفيذا لحكم إلغاء فصله ، إذا صار نهائيا بعدم الطعن فيه خلال مدة الطعن ، يستوجب رفض طلب الغرامة التهديدية لكفالة تنفيذه ؟!

أفضت تلك الأسباب إلى صدور لائحة ١٥ مايو ١٩٩٠ لتحد من نطاق هذا الحل القضائى الذى وقف حجرة عثرة دون قبول العديد من طلبات الحكم بالغرامة . فقد أدخلت بمقتضى المادة ١٣ منها مادة جديدة إلى لائحة ٣٠ يولييه ١٩٦٣ هى المادة ٥٩-٧ التى تنص على أنه : القرار الإدارى الصريح برفض طلب المحكوم له الذى يقدمه إلى الإدارة لتنفيذ الحكم الصادر لصالحه ، هو الذى يجعل ميعاد الطعن بالإلغاء على هذا القرار ساريا دون القرار الضمنى . ويترتب على تقديم طلب الغرامة وقف ميعاد الطعن فى هذا القرار الصريح برفض التنفيذ . وبمقتضى لائحة ٣ يولييه ١٩٩٥ أدخلت بمقتضى مادتها الثانية عشر هذه الأحكام فى التقنين ضمن المواد ٢٢٢ ، ٢٢٢-١ من التقنين .

ترتبت على هذا التعديل ثلاث نتائج : أولها إذا قدم طلب الغرامة قبل انقضاء مدة الطعن بالإلغاء ضد القرار الصريح برفض التنفيذ ، فإن هذا الطلب يوقف ميعاد الطعن حتى يصدر الحكم فى هذا الطلب بقبوله أو رفضه . ولمعرفة إمكانية الطعن فى قرار الرفض بالإلغاء من عدمه ، تحسب المدة من اعلانه أو علمه اليقيني بقرار الرفض الى يوم تقديم طلب الغرامة ، ثم تحسب المدة من اليوم التالى لصدور حكم الغرامة وحتى إقامة الطعن ، فإذا كانت شهرين أو أقل كان الطعن مقبولا ، وإن تجاوزت هذه المدة ، كان مرفوضا .

C.E 26 decembre 1926. Rodiere – R.D.P. 1926/ p. 32. Concl: ^(١)
Cohen-Salvador.

أما الأخرى فمؤداها إذا طلب المحكوم له من الإدارة تنفيذ الحكم قبل انقضاء مدة الأشهر الست الذى يلتزم بتقديم طلب الغرامة بعد نفاذها ، فإن التزام الإدارة الصمت لا يجعل مدة الطعن تسرى ، وحالئذ يمكنه تقديم طلب الغرامة فى جميع الأحوال . وبهذه النتيجة ألغى قضاء مجلس الدولة السابق تحليله الذى كان يعتبر عدم الطعن فى قرار الرفض الضمنى خلال مدة الأشهر الست سببا لرفض طلب الغرامة ؛ لأنه بعدم الطعن يصير الطعن نهائيا، ويتحقق من الإلغاء . وأخيرا إذا الإدارة قررت صراحة عدم تنفيذ الحكم، فإن قرارها الصريح فقط هو الذى يجعل ميعاد الطعن بالإلغاء ساريا ، ويكون على المحكوم له إذا أراد أن يكتب القبول لطلبه بالغرامة أن يطعن فى القرار الصريح بالإلغاء خلال شهرين من اعلانه أو علمه به يقينا ^(١) . إذن أصبح قرار رفض التنفيذ الصريح لا الضمنى هو الذى عدم الطعن فيه خلال المدة القانونية يحيله إلى قرار نهائى يفضى إلى رفض طلب الغرامة .

ثالثا : الطعن فى الحكم الصادر بالغرامة التهديدية :

١٤٨ - يفرق فى مدى قابلية الحكم الصادر فى طلب الغرامة للطعن بين ما إذا كان حكما بالقبول أم بالرفض .

١ - مدى جواز الطعن فى حكم الغرامة :

١٤٩ - يفرق جواز الطعن فى الحكم الصادر بالغرامة تبعا لنوع الغرامة المحكوم بها : أى وفقا لما إذا كانت مؤقتة أم نهائية .

(أ) الطعن فى الحكم الصادر بالغرامة المؤقتة :

١٥٠ - من حيث الأصل لا يتمتع الحكم الصادر بالغرامة المؤقتة بحجية الشئ المقضى به ، وذلك لأن للقاضى الأمر بها سلطة تعديلها ، كلما استوجبت الظروف ذلك . ولذا فإن مقدارها يتردد زيادة ونقصا تبعا لمقتضى الحال . بل وقد تكون عرضة للإلغاء كليا إذا قدر القاضى أن الغاءها أمر تستوجبه

الظروف أيضا ^(١) .

وترتبطا على ذلك لا يعد الحكم الصادر بها حكما قطعيا ، وإنما هو حكم تحضيرى يفصح النطق به عن سبب إصداره . ولذا فإنه لا يقبل الطعن بالإستئناف ولا بالنقض إلا مع الحكم الصادر فى الموضوع ^(٢) ، أو مع الحكم الصادر بالتصفية .

ومن جهة أخرى ، وجريا على الأصل الإجرائى تتماثل الغرامة المؤقتة مع اجراءات التحقيق التى تتخذها المحكمة المختصة . ولما كانت تلك الإجراءات لا تقبل الطعن بالإستئناف أو بالنقض ، وفقا للمادة ١٧ من تقنين المرافعات المدنية الجديد فى فرنسا ، إلا مع الطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع . فذلك الحكم الصادر بالغرامة المؤقتة لا يقبل الطعن استقلالا ، وإنما يطعن فيه مع الحكم الصادر فى الموضوع أو الحكم الصادر بتصفية الغرامة المحكوم بها ^(٣)

(ب) الطعن فى الحكم الصادر بالغرامة النهائية :

١٥١ - يتماثل الحكم الصادر بالغرامة النهائية مع ذلك الصادر بالغرامة المؤقتة من حيث عدم التمتع بحجية الشئ المقضى به ، إذ على الرغم من عدم قابلية مقدار الغرامة النهائية للتعديل أو الإلغاء إلا أن الحكم بها لا يعد حكما قطعيا ، لأن تعرضها للتعديل فى حالتى القوة القاهرة والحدث الفجائى وفقا للمادة الرابعة من قانون الغرامة التى تعطى لقاضى الغرامة سلطة تعديلها ، يجعل الحكم بشأنها قابلا للتعديل ولو جزئيا ^(٤) .

ولكن على الرغم من ذلك يجوز وفقا لتقنين المرافعات المدنية الفرنسى

(١) DU RUSQUEL (E.): *Astreintes: astreinte provisoire* J.C.pr. civ. (١) 1994. Fas: 2130. P. 14.

(٢) انظر : أ.د احمد ابو الوفا : نظرية الأحكام فى قانون المرافعات . اسكندرية . منشأة المعارف . الطبعة الخامسة . ١٩٨٥ . ٤٣٢-٤٣٣ .

(٣) DONNIER (M.): *op. cit.* p. 94.

(٤) BON (P.): *op. cit.* P. 41.

الطعن في هذا الحكم استقلالا سواء بالإستئناف أو النقض . إذ أن صفة الثبات النسبي التي تمتاز بها الغرامة النهائية تتفق عنها وصف اعتبارها أحد اجراءات التحقيق التي لايقبل الطعن فيها سواء بالإستئناف أو النقض ^(١) .

ونظرا لعدم معالجة المشرع الإداري لقابلية الحكم الصادر بالغرامة النهائية للطعن ، ولأن المرافعات المدنية تعد مصدرا للمرافعات الإدارية يؤخذ من أحكامها ما لايتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين المنظمة لإجراءات التقاضي أمام القاضى الإدارى . فإنه لامناص من تطبيق هذا الحكم بشأن الغرامة النهائية فيكون الطعن فى الحكم الصادر بها مقبولا . فإذا جرى الطعن ، وقضت محكمة الطعن بإلغاء الحكم الصادر بها ، زالت وزال بأثر رجعى مائرتب عليها ، أما إذا أيدت محكمة الطعن الحكم الصادر بها ، فإنه تسرى لا من يوم صدور حكم الطعن وإنما من يوم صدور حكم أول درجة بها^(٢) . ولكن إذا عدل قاضى الإستئناف من معدل الغرامة ، فإن هذا التعديل لايسرى بأثر رجعى ، وإنما يجرى سريانه من يوم صدور حكم الإستئناف . وذات الوضع إذا أخرجت محكمة الإستئناف ميعاد بدء سريان الغرامة ، فإنه لايبدا فى التطبيق إلا من التاريخ الذى تحدده ولايسرى بأى حال بأثر رجعى ^(٣)

(٢) مدى الطعن فى الحكم الصادر برفض الغرامة :

١٥٢ - بداية من حيث طبيعته يعد الحكم الصادر برفض طلب الغرامة - أو بالا محل للطلب - حكما قطعيا . إذ تنحسم بصدوره خصومة الغرامة التهديدية كليا ، ولذا يكون من اللازم أن يصدر مسيبا ، ولقد رأينا إلى أى مدى كان مجلس الدولة - والمحاكم الإدارية العادية والإستئنافية أيضا -

(١) DONNIER (M.): op. cit. P. 95.

(٢) Cass. Civ . 23 avril 1986 . G.P. 1987-I- p. 46. Observ: Guinchard et Moussa.

(٣) DU RUSOUEC (E.): op. cit. P. 14.

يحرص على تسبب أحكام الرفض، إذ غياب تسببها يبطل الحكم لانتفاء اجواء جوهرى لازم توافره ^(١) .

واهتداء بالقواعد العامة فى قانون المرافعات المطبقة فى هذا المجال نظرا لغياب قواعد اجرائية خاصة فى هذا الشأن ، يفرق فى إمكانية الطعن فى حكم الرفض بين أمرين : إذا كان الحكم الصادر بالرفض يستند فيه إلى استحالة تنفيذ الحكم لأى من اسباب هذه الإستحالة سائلة البيان . فهذا معناه أن التنفيذ لم يعد ممكنا ، حالئذ يكون حكم الرفض قطعيا جائز الطعن فيه بأى من طرق الطعن . ولكن فى الحالات التى يرجع فيها حكم الرفض الى أن الإدارة أعلنت عن رغبتها فى التنفيذ ، أو أنها بدأت بالفعل اتخاذ خطواته الأولى ، يكون هذا الحكم وقتيا ، لأن مسألة التنفيذ لم تحسم بعد ، إذ ربما تعدل الإدارة عن اتجاهها أو تتبدل رغبتها فى التنفيذ ، بعد وثوقها من حكم الرفض ^(٢) حالئذ يكون للطالب تجديد طلبه بالغرامة لإجبارها على تنفيذ ما وعدت ، أو استكمال مبادئته من خطوات تنفيذ الحكم ، والأثر ذاته يتحقق إذا قدر قاضى الغرامة أن الإدارة تمر بظروف مالية يصعب عليها معها تنفيذ الحكم . كأن لا توجد اعتمادات مالية مثلا لتنفيذ أحكام التعويض الصادرة ضدها ، فيرفض طلب الغرامة . هنا تكون لحكم الرفض صفة الأحكام الوقتية ، فحال أن تمر تلك الظروف ، ويتحقق يسارها يمكن إعادة تقديم الطلب لإجبارها على تنفيذ الحكم . وفى كلتا الحالتين يكون لذى الشأن الطعن فى حكم الرفض وفقا لنظام الطعن فى الأحكام الوقتية ^(٣) .

ويثور التساؤل حال الطعن بالإستئناف فى حكم الرفض ، فماذا لو ألغى قاضى الإستئناف حكم الرفض ، وقضى بغرامة تهديدية ، هل تسرى هذه الغرامة من يوم صدور حكم الإستئناف باعتباره الحكم الذى قضى بها ، أم من

(١) أ.د. احمد ابو الوفا : نظرية الأحكام ... المرجع السابق . ص : ١٧٧ .

(٢) L.T : note sous C.E. 14 novembre 1997. M. Janky. R. Ad. 1998. no: 64. P. 21.

(٣) انظر : أ.د. احمد ابو الوفا : نظرية الأحكام ... المرجع السابق . ص : ٤٣٣ .

يوم صدور حكم الرفض باعتباره الوقت الذى ثبت للطلاب حق فى الحكم بالغرامة لولا خطأ قاضى الغرامة ؟ . على نحو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة يكون لقاضى الإستئناف حالئذ تحديد الميعاد الذى يبدأ فيه سريان الغرامة التى قضى بها ^(١) . ولقد رأينا أن قاضى الإستئناف ينعقد له الإختصاص أصلاً بالفصل فى طلبات الحكم بالغرامة التى تقدم اليه لأول مرة لتنفيذ الحكم المستأنف . وله فى هذه الحالة أن يحكم بها مقدراً معدلها المالى ، والوقت الذى يبدأ فيه سريانها ، بما مفاده أن المشرع وقد اختصه بذلك ، فقد أجاز أن يكون تحديد ميعاد الغرامة التى يقضى بها حال أن يلغى حكم الرفض المستأنف .

المبحث الثانى

تصفية الغرامة التهديدية

تمهيد

١٥٣ - بعد لنقضاء المهلة التى حددها قاضى الغرامة للإدارة لاتخاذ اجراءات بتنفيذ الحكم دون قيامها بذلك تسرى الغرامة تصاعدياً حتى الموعد الذى ضربه القاضى لتوقف سريانها أو كأصل عام حتى يتم تنفيذ الحكم . حالئذ يعود الأمر اليه تارة أخرى لحساب القيمة الكلية للغرامة تلك التى يتوصل اليها بعملية حسابية بسيطة كأصل عام ، مؤداها حاصل ضرب عدد الأيام التى تأخرت فيها الإدارة عن التنفيذ بداية من اليوم التالى للمهلة القضائية ، وحتى يوم تنفيذ الحكم فى معدل الغرامة اليومى . فمثلاً لو تأخرت الإدارة بعدد تلك المهلة عشرة أيام . وكان معدل الغرامة مائة فرنك يومياً ، فإن اجمالى الغرامة يكون ألف فرنك . وهذا هو المبلغ الذى على أسامه تصفى الغرامة .

وتبدو أهمية التصفية فى أن الحكم الصادر بالغرامة لا يمكن تنفيذه إلا بعد

C.E. 30 mars 1994. Mme Ioubet. Rec: p. 172.

(١)

C.E. 7 octobre 1994. Epoux Lopez. Rec: p. 430. Concl: Schwartz.

اجرائها حتى ولو كان متعلقا بغرامة نهائية . إذ أن هذه الأخيرة ، وإن كان معدلها المالي ثابتا لا يتغير ، إلا أنه يمكن عند التصفية تعديله إذا تثبت قساضى التصفية من أن عدم التنفيذ كان مرجعه إلى سبب أجنبى (١) .

وللتصفية من الأحكام ما يستأهل الوقوف عليها ، بعضها يتعلق بالنظام الذى تجرى وفقا له . وبعضها الآخر يرتبط بالآثار المترتبة على اجرائها . وهكذا فى مطلب أول نتناول بقدر من التفصيل نظام التصفية ، على أن نعرض لآثارها فى مطلب ثان .

المطلب الأول نظام تصفية الغرامة التهديدية

تمهيد :

١٥٤ - تبدو أهمية التصفية *la liquidation* البالغة فى أنها تعد وسيلة الضبط الحقيقية على الإدارة . بل إن لحظة حدوثها تمثل الشئ الذى يزيد من رهبتها ، ويضاعف خشيتها ، لأنها اللحظة التى فيها تتحول الغرامة التهديدية من مجرد إجراء تهديدى قد يرتب اثره المالى أو لا يرتبه ، إلى جزء ردهى على عدم تنفيذ الحكم (٢) .

والمتمثل فى النسق القانونى للتصفية يلحظ أن المشرع قد راعى فى وضعه اعتبارين : أن يضمن للغرامة الفاعلية بذلك الإجراء حتى لا تكترث الإدارة بها حال أن تستشعر تجردها من مظاهر الرهبة التى تجد نفسها معها مضطرة إلى الإمتثال للحكم بعد ممانعة وعناد ، وألا تكون حصيللة التصفية بمثابة التعويض الذى ينتظره المحكوم له عن عدم تنفيذ حكمه ، فقد قدر

(١) CHABAS (F.): *Astreintes* op. cit. P. 10.

(٢) DREIFUSS (M.): et ROMPAKD (A.): *Du pouvoir comminatoire au pouvoir de sanction : la liquidation de l'astreinte*. A.J. 1998. P. 3.

TERCINET (J.): op. cit. p. 9.

المشرع ، وعلى خلاف ما عليه الحال فى الغرامة المدنية ، أنه إذا كان أفضل المحكوم له بحماية بإقرار نظام الغرامة . فهذا ليس معناه أن له حقا فى الإثراء على حساب الإدارة ، وإلا أفضى ذلك إلى الإضرار بالمصلحة العامة . إذ أن مردود دفع المستحق عليها حال التصفية على الصالح العام غير منكور الأثر . ولذا ابتدئ فى توزيع تلك الحصيلة نظاما مغايرا لما يجرى عليه تنظيم ذات المسألة فى نطاق الغرامة التهديدية فى القانون الخاص ^(١) .

ولكى تتجلى تلك الأمور ببالغ الوضوح ، يلزم أن نعرض لإجراءات الوصول إلى التصفية فى فرع أول ، ثم ننشئ ببيان كيفية التصرف فى حصيلة التصفية بعد إجرائها ، وذلك فى فرع ثان .

الفرع الأول

إجراءات تصفية الغرامة التهديدية

تحديد :

١٥٥ - على قدر تعدد الإجراءات التى تتبع وصولا إلى تصفية الغرامة التهديدية إلا أنه يمكن تركيزها فى إجراءات ثلاثة : طلب التصفية ، قاضى التصفية ، طريقة التصفية .

أولا : طلب التصفية :

١٥٦ - من الناحية الإجرائية لايعنى طلب التصفية أننا بصدد اجراء مستقل عن طلب الحكم بالغرامة . إذ هو امتداد طبيعى له ، تولد عنه ، وترتب عليه . ولذلك تكون جميع الشروط المتطلب توافرها فى طلب الغرامة هي ذاتها الواجب توافرها فى طلب التصفية . غير أنه يفرق عنه فى بعض الأمور التى تعكس طبيعته كطلب فرعى يتمثل فى مدى وجوب تقديمه لإجراء التصفية ، وميعاد التقدم به ، ومدى امكانية اعفائه من رسم النعمة .

BORE (j.) Astreintes. Emcyclopédie Dalloz. Droit civil. 1996. P. 4. (١)

(١) مدى وجوب طلب التصفية :

١٥٧ - رأينا أن التقدم بطلب الحكم بالغرامة يعد شرطاً لازماً للحكم بها، حتى في الحالات التي أجاز فيها المشرع لمجلس الدولة الحكم بها مباشرة بغير طلب ، كانت الإجراءات اللازمة لذلك لا تحرك إلا بطلب المساعدة في التنفيذ . إذ لا يعرف نظم الغرامة الإدارية فكرة الحكم بها مباشرة على النحو المطبق في نطاق الغرامة المدنية من تصدى القاضى العادى مباشرة للحكم بها في ذات حكمه الأصلي دون أن يطلب الخصم ^(١) .

أما بشأن التصفية فليس من اللازم أن يتقدم ذو الشأن بطلب لتصفيتها ، إذ يمكن لقاضى التصفية التصدى لذلك من تلقاء نفسه ، وفقاً للنظام المتبع فى القانون الخاص . ولعل هذا ما أشار اليه المشرع فى المادة ٤ من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ بنصه على أنه فى حالة عدم التنفيذ الكلى أو الجزئى أو التنفيذ المتأخر للحكم يكون لمجلس الدولة تصفية الغرامة التى حكم بها . هذا إلى أنه إذا كان المشرع بمقتضى المادة الثانية من ذات القانون اعترف لمجلس الدولة بسلطة الحكم مباشرة بالغرامة فلا أقل من أن تكون له ذات السلطة باعتباره يتدخل فى هذه الحالة ليتم ما قد بدأه من اجراءات فى هذا الشأن ، وليس يتخله بقصد اتخاذ اجراء جديد . ولعل هذا مادفع البعض الى القول بأنه إذا لم يتدخل القاضى لتصفية الغرامة التى حكم بها ، فلا بد أن يتدخل على الأقل ليضع نهاية لها بإصدار حكم بإلغاء الغرامة التى سبق أن قضى بها ^(٢).

ويؤكد المشرع سلطة قاضى التصفية فى التدخل مباشرة ، وبدون طلب من ذى الشأن ، لتصفية الغرامة المحكوم بها بالنص فى المادة ٤/٢٢٢ من التقنين ، والتى أدخلت الى هذا التقنين بمقتضى اللائحة رقم ٨٣١ لسنة ١٩٩٥

(١) MAZEAUD (H.) et CHABAS (F.): Traité théorique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle. Paris. L.G.D.J. 6^e

edition. 1987. No:2484 et ss,

GUETTIER (ch.): op. cit. P. 35. (٢)

الصادرة في ٣ يولييه ١٩٩٥ - وذلك فيما يتعلق بأحكام الغرامة الصادرة عن تلك المحاكم بأنه إذا لم تؤتى الغرامة التي قضت بها المحكمة الإدارية أو محكمة الإستئناف الإدارية أثرها في اتخاذ إجراءات التنفيذ التي أمرت بها ، يكون على المحكمة المختصة ، مباشرة ، أو بناء على طلب ذى الشأن ، تصفيتهها وفقا للشروط المحددة في المواد من ٣ إلى ٥ من قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ بشأن الغرامة التهديدية .

ولسنا في حاجة إلى القول بأن قاضى التصفية حين يتصدى لها مباشرة ، ليجريها بغير طلب لا يمكن وصم فعله بمخالفة مبدأ عدم الحكم بما لم يطلبه الخصوم ، لأنه في هذه الحالة يتدخل ليستكمل دوره القانوني في ضمان فاعلية حكمه ، وفرض احترامه على الإدارة ، ولا يتدخل ليضيف الى طلبات الخصوم شيئا جديدا يرهق به أحدهما أو كليهما . ولكننا في حاجة إلى أن نؤكد أن إجراءات التصفية يمكن أن تبدأ إما بطلب من ذى الشأن ، وإما بتصدى قاضى التصفية لها مباشرة من غير طلب ^(١) .

(٢) ميعاد طلب التصفية :

١٥٨ - لم يحدد المشرع لطلب التصفية ، وعلى خلاف طلب الغرامة ، ميعادا يجب تقديمه خلاله أو بعد انقضائه . وإنما يرجع في شأن تحديده للمدة التي حددها قاضى الغرامة لتنفيذ حكمه كمهلة اجرائية تتخذ خلالها الإدارة الإجراءات اللازمة للتنفيذ ، وبعد نفاذها تبدأ الغرامة في السريان تزايدا . وتظل الغرامة في سيرها إلى أحد أجلين : إما يوم تنفيذ الحكم ، وإما الوقت الذى يتأكد فيه يقينا من أن الإدارة لن تنفذ هذا الحكم مهما بلغ السريان الزمانى للغرامة .

ففي الحالة الأولى - حالة تنفيذ الحكم - تودع الإدارة لدى أمانة القسم القضائى لمجلس الدولة المستندات الدالة على تنفيذها للحكم ، أو تخطر بذلك قسم التقرير بمجلس الدولة إذا كان حكم الغرامة صادرا عن هذا الأخير ، أو

BARADUC- BENABENT (E.): L'astrinte en matiere administrative ^(١)

D. 1981. P. 99.

تودعها لدى المحكمة الإدارية العادية أو الاستثنائية إذا كان الحكم صادر عنها .
حالئذ يتصدى قاضى الغرامة مباشرة لتصفية الغرامة ، أو يتقدم ذو الشأن
بطلب التصفية فى اليوم التالى لإعلانه أو علمه اليقيني بالتنفيذ ، ومن هذا
التاريخ يتوقف سريان الغرامة ^(١) . أما فى الحالة الثانية فيستقر الميعاد فيها
على اعتبار منطقتى مؤداه أنه لايعقل أن يترك مبلغ الغرامة يتراكم يوما بعد يوم
بشكل يبلغ حدا من الجسامه تنوء الإدارة بحمله وتعجز عن سداده ، فتبدو
الغرامة حالئذ وقد فقدت كل تأثيرها . هنا يجب التدخل لوضع حد لهذا الموقف
الشاذ . ومن اللحظة التى تؤكد فيها شواهد الحال أن الإدارة عازمة على عدم
التنفيذ رغبة عنه ، ينشأ لدى الشأن حق فى أن يطلب من القاضى تصفيته
جريا على الأصل المطبق فى نطاق الغرامة المدنية ^(٢) .

ولئن كان الفرض الأخير لم يتحقق فى نطاق الغرامة الإدارية حتى الآن .
إذ فى جميع الأحوال التى قضى فيها بغرامة تهديدية لإجبار الإدارة على تنفيذ
أحد الأحكام الإدارية كانت الإدارة تقوم بالتنفيذ بعد مضي وقت غير طويل من
بداية سريان الغرامة . ولم يثبت ، ولا فى حالة واحدة فى حدود مانعهم ، أنها
تمادت فى اصرارها على عدم التنفيذ مما اضطر المحكوم له الى تقديم طلب
التصفية بأسا من استجابتها للتنفيذ . ولعل الأمثلة التى سنذكر لاحقا ستزيد الأمر
إيضاحا .

(٣) مدى تطلب رسم الدفعة لقبول طلب التصفية :

١٥٩ - يثور التساؤل عما إذا كان طلب التصفية يخضع لرسم الدفعة ،
كغيره من الطلبات التى تقدم أمام القاضى الإدارى أم لا ؟ وهل يعد طلبا من
طلبات التنفيذ ، كطلب الغرامة التهديدية ، له مفهوم الطلب الخاضع لهذا الرسم

(١) C.E 6 janvier 1995. M. Daniel Boivin. A.J. 1995. P. 158.

TA. Strasbourg : 23 mai 1996. Sté wastec-strobel GmbH c/préfet de la
Moselle. A.J. 1996 . p. 943. Observ : J.M.W.

DONNIER (M.): op. cit. P. 95.

(٢)

وفقا لتقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ؟.

لم يكن هناك اجماع قضائي حول تلك المسألة ، إذ أن غياب النص المحدد لطبيعة هذا الطلب ، أدت إلى اختلاف رؤى المحاكم حوله . فمن جهة نجد أن محكمة استئناف نانت الإدارية - حال نظرها لطلب تصفية الغرامة التهديدية التي قضت بها محكمة نانت الإدارية من خلال الفصل في الاستئناف المقام ضد حكمها بإلغاء قرار رئيس المكتب العام للإسكان بفصل الطاعن لارتكابه مخالفة تأديبية ، مع توجيه امر بضرورة إعادته إلى وظيفته والحكم بغرامة تهديدية ٥٠٠ فرنك عن كل يوم تأخير بدءا من اليوم الثامن من اعلان هذا الحكم - ذهبت الى اعفاء الطلب من رسم الدفعة على اساس أن هدفه كفالة تنفيذ حكم . ولذا لا يمكن أن ينطبق عليه مفهوم الطلب الخاضع لهذا الرسم وفقا لتقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية ^(١) .

ولئن كانت محكمة استئناف نانت قد اعتدت بـتدوير الموضوعى فأفضى بها ذلك إلى اعفائه من الرسم ، فإن محكمة استئناف ليون أخذت بالمعيار الشكلى فذهبت إلى أنه طالما قدم إلى المحكمة آخذا شكل الطلبات التى تقدم أمامها ، فإنه يأخذ مفهوم الطلب وفقا للتقنين . ولذا يخضع لرسم الدفعة ، فلا يقبل إلا بعد سداده ^(٢) .

أدى هذا التباين فى الإتجاهات بمحكمة فرساي الإدارية الى طلب الرأى من مجلس الدولة حول ماإذا كان طلب تصفية الغرامة يعد طلبا حقيقيا فى مفهوم نص المادة ٤٤-١ من قانون ٣٠ ديسمبر ١٩٩٣ التى تخضع لرسم الدفعة المقدرة بمائة فرنك على كل طلب يودع لدى المحاكم الإدارية ، ومحاكم الاستئناف الإدارية ، ومجلس الدولة أم لا ؟ . ويجئ رأى المجلس قاطعا فى تلك المسألة ، متبعا بشأنه ماذهب اليه مفوضه Toumet . فيعلن أن طلب

CAA. Nantes 11 decembre 1996. M. Allais. A.J. 1997. P. 307. (١)

CAA. Lyon 26 novembre 1996. SCI les Hauts de Saint-Michel. A.J. (٢)
1997. P. 280.

التصفية لا يخضع لرسم الطابع لعدة اسباب : فمن جهة أنه ليس طلبا مستقلا بذاته ، وإنما يتعلق بنفس الخصومة التي قدم عنها طلب الغرامة التهديدية ، وبعد امتدادا لجرائيا لطلب الإلغاء أو التعويض . ومن ناحية أخرى أنه لا يعد إجراء لازما أو من الضروري اتخاذ إجراء التصفية ، إذ أن القاضى يستطيع تصفية الغرامة المحكوم بها مباشرة إذا تثبت من أن إجراءات تنفيذ الحكم لم تتخذ ، دون حاجة إلى هذا الطلب ، وأخيرا أن طلب التصفية لا يعتبر طلبا فى مفهوم المادة ٤٤ - ١ من قانون ٣٠ ديسمبر ١٩٩٣ . ومن ثم لا يخضع لرسم الدمغة (١) .

ثانيا : قاضى التصفية :

١٦٠ - فى نطاق أحكام الغرامة فى القانون الخاص يعتقد مبدأ التلازم بين قاضى الغرامة وقاضى التصفية . إذ يطبق كاصل عام منذ قانون ٥ يوليو ١٩٧٢ ، مبدأ أن القاضى الذى حكم بالغرامة هو الذى يعقد له الإختصاص بتصفيتها - دون تفرقة فى هذا الشأن بين قاضى الموضوع وقاضى الأمور المستعجلة - ولما كان من اثر ذلك أن قاضى الإستئناف لم يكن يختص بتصفية الغرامة التى قضى بها قاض أول درجة مما كان يفضى السى تشيت المحكوم له بين قاض ينظر الإستئناف ، وآخر حكم بالغرامة ينظر تصفيتها ، فقد صدر قانون ٩ يولييه ١٩٧٥ ليمح لغير قاضى الغرامة بتصفيتها . وعلى اثر ذلك صار قاضى الإستئناف مختصا بتصفية الغرامة التى حكم بها قاض أول درجة . ولما صدر قانون ٩ يوليو ١٩٩١ جعل لقاضى التنفيذ الإختصاص العام بتصفية الغرامة التى حكم بها قاض غيره (٢) . وظل الوحيد الذى لا يصفى الغرامة التى حكم بها المحكم ، إذ يعقد الإختصاص بتصفيتها للقاضى المختص (٣) .

C.E. Avis: de section 30 avril 1997. A.J. 1998. P.5. (١)

CHABAS (F.): op. cit. P. 11. (٢)

DONNIER (M.): op. cit. P. 95-96.

TERRE (F.): et autres : Droit civil.... Op. cit. P. 99. (٣)

فى ضوء ذلك يبدو أن الأصل الذى يحكم الإختصاص بتصفية الغرامة
يدور حول أمرين : التلازم بين قاضى الغرامة وقاضى التصفية من جهة .
إختصاص محكمة الإستئناف بتصفية الغرامة المحكوم بها فى أول درجة من
جهة أخرى . فبالى أى مدى يطبق ذلك فى مجال الإختصاص بتصفية الغرامة
الإدارية ؟

(١) مدى التلازم بين قاضى الغرامة وقاضى التصفية :

١٦١ - التزم المشرع هذا المبدأ فعقد الإختصاص بالتصفية لكل قاض
حكم بالغرامة ، مفرقا فى هذا الشأن بين الأحكام الصادرة بالغرامة من مجلس
الدولة ، وتلك الصادرة من المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية . ففى شأن تلك
الصادرة عن مجلس الدولة نصت المادة الرابعة من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠ أنه
فى حالة عدم التنفيذ الكلى أو الجزئى ، أو التنفيذ المتأخر ، يكون لمجلس الدولة
إجراء تصفية الغرامة التى حكم بها . ولما كانت المادة ٦ من ذات القانون
خولت سلطات مجلس الدولة المتعلقة بنظام الغرامة الى رئيس القسم القضائى ،
فإنه إذا كان هذا الأخير قد أمر بالغرامة ، فإنه هو الذى يكون له الإختصاص
بتصفيتها^(١) . من وجهة أخرى يكون للمحاكم الإدارية العادية والإستئنافية ،
الإختصاص بتصفية الغرامة التى قضت بها ، وفقا للمادة ٢٢٢/٤ من التقنين ،
ولها أيضا حل التصفية ذات السلطات المخولة لمجلس الدولة وفقا للمواد من
٣ : ٥ من قانون ١٦ يوليه ١٩٨٠^(٢) .

ولكن ماذا عن قاضى الأمور المستعجلة الإدارية ، هل يكون له

(١) BARADOUG-BENABENT (E.): op. cit. P. 99.

(٢) من الجدير بالذكر أن مجلس الدولة أكد هذا التلازم . ولكن بشأن الغرامة
التهديدية التى يحكم بها القاضى الإدارى فى مواجهة الأفراد ، إذ قضى بأن
القاضى الذى حكم بغرامة تهديدية هو الذى يناط به تصفيتها ، ولا يكون للإدارة
فى هذا الشأن إختصاص بالتصفية .

C.E. 24 juillet 1987. Brolin. Rec. p. 280. A.J. 1987. P. 666. Concl:
Marimbert.

الإختصاص بتصفية الغرامة التي أمر بها وفقا لهذا الأصل ، أم نعتقد هذا الإختصاص لقاضى الموضوع ؟ . لم يرد بشأن تلك المسألة أى نص يحسم أمرها سواء فى قانون الغرامة ، أم فى التقنين بعد تعديله بقانون ٨ فبراير ١٩٩٥ ، ولعل هذا كان مبعث الخلاف الذى دار حولها حينما من الوقت بين محاكم القضاء الإدارى .

لم تقبل محكمة استئناف لليون الإدارية أن يكون لقاضى الأمور المستعجلة الإختصاص بتصفية الغرامة التى أمر بها . على سند من القول بشأن التصفية لا تعتبر من الإجراءات التحفظية التى نعتقد له الإختصاص وفقا للمادة ١٣٠ من التقنين . ولذا فإن الإقرار له بالتصفية يمثل مساسا بموضوع النزاع . وهو مما لا يجوز له وفقا لذات النص ^(١) .

ولكن مجلس الدولة رأى غير ذلك متبعا ماذهب اليه المفوض Casanova الذى قدم لتأييد رأيه بجواز انعقاد الإختصاص لقاضى الأمور المستعجلة بتصفية الغرامة التى قضى بها ثلاث حجج : أولها الإستناد إلى قانون المرافعات المدنية الذى يعد مصدرا لإجراءات التقاضى أمام القضاء الإدارى فيما لم يرد بشأنه نص ، وما لايتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية ، ونظرا لأن هذا القانون فى المادة ٩١ ؛ يعطى قاضى الأمور المستعجلة تصفية الغرامة التى نطق بها ، ولما كانت محكمة النقض تطبقا لذلك تعد خصومة التصفية لاتعدو أن تكون استمرارا لخصومة الغرامة ، ونظرا لأن تلك المبادئ لاتعارض مع طبيعة المنازعات الإدارية ، فليس هناك مايمنع من تطبيقها فى المجال الإدارى ، فيكون لقاضى الأمور المستعجلة تصفية الغرامة التى قضى بها . ومن وجهة أخرى أن القول بأن فى انعقاد الإختصاص لهذا القاضى بالتصفية الإعتراف له بالفصل فى موضوع النزاع ، قول يخالف الحقيقة ؛ لأن القانون يعطيه سلطة اتخاذ الإجراءات المفيدة والضرورية دون مساس

CAA. Lyon : 15 decembre 1994. Kilian. Rec: p. 1132. A.J. 1995. P. (١)
246. Concl: Courtial.

بالموضوع . واجراء التصفية يعد من أنفع الإجراءات وأهمها ، وتدخله في هذا الشأن ليس فيه أى مساس بالموضوع ؛ لأن هذا الأخير رغم غموضه ، وعدم الإتفاق حتى الآن حول ما يعد مساسا بموضوع النزاع من عدمه ، إلا أن هناك خطوطا أساسية يمكن اعتبارها من هذا القبيل ليس من بينها قيامه بالتصفية ، كأن مثلا يفصل فى المسائل القانونية المتعلقة باختصاص قاضى الموضوع ، أى فى موضوع النزاع ذاته . أى أنه بوجه عام لا يمكنه أن يقضى للخصوم بقبول أو رفض طلباتهم التى يختص بالفصل فيها قاضى الموضوع . فلا يكون له الغاء قرار طعن فيه ، أو الحكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن تصرف ادارى ، أو غير ذلك مما يتصل بوجه عام باختصاص قاضى الموضوع . ولكن لا يعد من هذا القبيل أن يكون له الاختصاص بالحكم بغرامة تجديدية للإجبار على سرعة تنفيذ أوامره ، وأن يكون له ذات الاختصاص بتصفيتها . بل إذا كان الإعتراف له بهذا الاختصاص الأخير مساسا بموضوع النزاع ، فلما أذن يعترف له به فى نطاق القانون الخاص ! . وأخيرا أن اتكلم هذا الاختصاص على قاضى الأمور المستعجلة معناه تجريد سلاح الغرامة التهديدية من فاعليته . إذ بالتباعد بين القاضى الأمر بالغرامة ، والآخر الذى يتولى تصفيته ، يتباعد المدى الزمنى بين الحكم بها وتصفيتها . وهذا يوهن من قيمتها ، وينقل من فاعليتها . إضافة إلى أن هذا التباين فى قضاء الحكم ، وقضاء التصفية يفضى إلى تفاوت وجهات النظر بين الجهتين الذى يكون له أثره غير المرغوب فيه على فاعلية الغرامة فى تحقيق هدفها . فضلا عن مضاعفة اجراءات التقاضى مرة أمام قضاء الحكم ، وأخرى أمام قاضى التصفية . وهذا يخالف الهدف الذى جاءت لأجل تحقيقه الغرامة باعتبارها وسيلة لضمان سرعة تنفيذ الأحكام ، لاسيلا لتراكم اجراءات تنفيذها ^(١) .

أيد مجلس الدولة رأى مفوضه ، والغى حكم محكمة الإستئناف الذى كان سلفا ألغى قرار نائب رئيس محكمة ليون الابتدائية بتصفية الغرامة التى قضى

(١) CASANOVA (A.): conclusions sur C.E 14 novembre 1997.
communaute urbaine de lyon. A.J. 1998. p. 60.

بها باعتباره قاضى أمور مستعجلة ، معترفاً بذلك لقاضى الموارد المستعجلة الإدارية بوجه عام بسلطة تصفية الغرامة التى أمر بها تنفيذاً لما اتخذته من أوامر ، ليؤكد من جديد مبدأ التلازم بين قاضى الغرامة وقاضى التصفية ^(١) .

(٢) مدى اختصاص محاكم الاستئناف بتصفية الغرامة المحكوم بها من المحاكم الإدارية :

١٦٢ - احتدم الخلاف حول تلك المسألة بين مؤيد لعقد الاختصاص بالفصل فى طلب التصفية لمحكمة الاستئناف ، وآخر معارض يرى أنه يظل مستقراً لمحكمة أول درجة حتى ولو طعن فى حكمها أمام محكمة الاستئناف ، ولكل حججه وأسانيده ، لنرى إذن أى الفريقين أحسن أساساً وأسدى سنداً .

(أ) الرأى الأول (الاختصاص لقاضى الاستئناف) :

١٦٣ - نقطة البدء لدى أنصار هذا الرأى أن طلب التصفية يماثل طلب الغرامة فى اعتباره من طلبات التنفيذ ، أى الطلبات التى يستهدف بها ذوو الشأن كفالة تنفيذ الأحكام الصادرة لصالحهم . إذن طالما له ذات الطبيعة ، فإن الاختصاص به ينعقد لقاضى الاستئناف الذى ينظر الاستئناف المقام ضد الحكم الأصلى ^(٢) .

ويستند القائلون بهذا الرأى إلى عدة حجج منها المادة ٨-٤ من التقنين التى تنص على أنه فى حالة عدم تنفيذ الحكم المطعون فيه بالاستئناف ، يجب تقديم طلب تنفيذه إلى محكمة الاستئناف ذاتها . هذا إلى أن مجلس الدولة قد أفتى من جهة أخرى فى ضوء تفسيره لهذا النص بأنه فى كافة الحالات التى يطعن فيها بالاستئناف فى حكم صادر من المحاكم الإدارية ، تكون محكمة

(١) C.E 14 novembre 1997. Communauté urbaine de Lyon. A.J. 1998. P. 62. Concl: Casanova.

(٢) M.B: observations sous T.A. Geronble 9 mai 1996. M. Roymann. A.J. 1996. P. 607.

الإستئناف هي المختصة وحدها بالفصل في طلبات تنفيذ هذا الحكم ، وينعقد لها ذات الإختصاص أيضا حتى في حالة رفض الإستئناف لأى من الأسباب (١) .

ويعارضد أنصار الرأى مذهبهم بأن في اختصاص محكمة الإستئناف بتصفية حكم الغرامة الصادر من محكمة أول درجة مايدرى التعارض الذى يمكن أن يقع بين تصفية الغرامة وبين الحكم الذى يصدره قاضى الإستئناف بإلغاء حكم أول درجة ، حالئذ تصفى الغرامة عن حكم ألغى استئنافيا . وهذا مالايمكن قبوله . فضلا عن ذلك فإن الفصل بين قاضى التصفية وقاضى الإستئناف يفقد الغرامة فاعليتها ، ويوهن من اثرها فى إيجابار الإدارة على التنفيذ . وأخيرا لايمكن أن نتخذ من المادة ٢٢٢-٤ من التقنين التى تنص على اختصاص المحكمة التى اصدرت حكم الغرامة بتصفيتها ، ذريعة للقول باتعقاد الإختصاص بالتصفية لقاضى الغرامة ، لأنه يجب فهم هذا النص فى ضوء نص المادة ٨-٤ من التقنين التى تضع الخطوط الأساسية لتوزيع الإختصاص بشأن نظر طلبات التنفيذ (٢) .

أفضت تلك الإعتبارات جميعا بمحكمة استئناف نانت الإدارية إلى الأخذ بهذا الرأى ، فاعترفت لنفسها بحق تصفية الغرامة التى كانت قد قضت بها محكمة نانت الإدارية حال تقدم المحكوم له Allais بطلب تنفيذ هذا الحكم أمامها . وفعلأ أجرت التصفية قائلة بأنه لما كان حكم محكمة نانت الإدارية مطعوناً فيه بالإستئناف أمامها ، فإنه بناء على نص المادة ٨-٤ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية يكون لها الإختصاص بتصفية الغرامة النهائية التى قضت بها محكمة نانت الإدارية استنادا إلى المادة ٨/٣ من ذات التقنين (٣) .

C.E. avis de section : 13 mars 1998. Mme vindeuogal. A.J. 1998. P. (١)
459.

CADENAT (P.): observations sous CAA nantes 11 décembre 1996. (٢)
M. Allais. A.J. 1997. P. 280.

CAA: Nantes : 11 decembre 1996, M.Allais. A.J. 1997. P. 307. (٣)

على هذا الأساس أثارت الإدارة أمام محكمة استئناف ليون الإدارية عدم اختصاص محكمة جرونيل الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التي قضت بسبها ذات المحكمة لإجبارها على تنفيذ حكمها المستأنف بإلغاء قرارها بفصل أحد موظفيها . مع اقتران الحكم بتوجيه أمر بإعادته إلى عمله خلال شهر من اعلان هذا الحكم ، وغرامة تهديدية قدرها ٥٠٠ فرنك يوميا تبدأ من نفاذ هذه المدة وحتى تنفيذه . وقد استندت الإدارة فيما أثارت من عدم الاختصاص على هذا الرأي بمقولة أن محكمة جرونيل غير مختصة بإجراء للتصفية ، وإنما الاختصاص يكون لمحكمة الاستئناف باعتبارها المحكمة التي تنظر استئناف هذا الحكم ^(١) .

(ب) الرأي الثاني (الاختصاص لقاضي الغرامة لقاضي الطعن) :

١٦٤ - ترعمت محكمة جرونيل الإدارية هذا الاتجاه . فذهبت في قضاء مشهور لها بأن قاضي الغرامة هو الذي يختص بتصفيتها حتى ولو كان الحكم الأصلي مطعوناً عليه بالاستئناف في ذات وقت الفصل في طلب التصفية ^(٢) .

ولقد صادف هذا الاتجاه تأييداً من جانب الفقهاء ، إذ كان له من سائغ السند المنطقي ما أفننى إلى موازنة الكثيرين له . وهو من تلك الناحية يستقر على حجتين أساسيتين : أحدهما موضوعية ، والأخرى قانونية . فأما عن الأولى فمنطلقها طبيعة التصفية أو بالأحرى الطلب المقدم لإجرائها ، فهي ليست من إجراءات التنفيذ ، ولا طلبها يعد طلباً يصدق عليه وصف طلبات التنفيذ . ولكن كيف ذلك ؟. المسألة ببساطة - في منطق الرأي - أن تصفية الغرامة لا تعدو أن تكون جزاء على عدم التنفيذ أو على التنفيذ المتأخر الذي أدته الإدارة في غير الموعد المحدد قضائياً . إذن إذا كانت الغرامة حال الحكم بها تهدف إلى حمل الإدارة على التنفيذ ، فهي عند التصفية تفقد هذه الطبيعة ،

(١) DREIFUSS (M) et autre : op. cit. P.6.

(٢) T.A. Grenoble: 9 mai 1996. M. Raymann. A.J. 1996. P. 766.

وتتحول إلى جزاء يردع الإدارة على مخالفة ارتكبت ، لاوسيلة لإجبارها على تنفيذ الحكم . إذن التصفية لاتعدو أن تكون ادانة للشخص العام أو الخاص المكلف بإدارة مرفق عام عن عدم التنفيذ . ولعل مايدعم تلك القناعة أن المشرع في المادة ٤ من قانون ١٦ يولييه ١٩٨٠ أجاز التصفية رغم حدوث التنفيذ ، أو رغم قيام الإدارة به متأخرا عن مواعده . وهذا يقطع بأن المشرع لايرها اجراء تنفيذيا ، وإنما يعتبرها جزاء ردعيا ^(١) .

ومن جهة أخرى أنه في ضوء هذا التكليف للتصفية لا يكون هناك محل لتطبيق المادة ٨-٤ من التقنين . فنصها مقصور على طلبات التنفيذ ، إذ تتوجب أن تقدم إلى محكمة الاستئناف لا محكمة أول درجة . ولما كانت التصفية ينحصر عنها هذا الوصف ؛ إذ لاتعد طلبا من طلبات التنفيذ ، وإنما كما ذكرنا جزاء لخرق الإدارة له ، فإن حكمها لايجد محلا للإطباق في شأن تحديد الاختصاص بالتصفية . وفي ذلك تقول محكمة جرونبل في حكمها آنف الذكر ... يستخلص من تلك النصوص أن طلب تصفية الغرامة التهديدية لايعد من طلبات تنفيذ الأحكام ؛ ولذا فإن للقاضي الذي حكم بالغرامة يكون هو المختص وحده بتصفيتها ^(٢) .

وأخيرا يستند أيضا الرأي إلى نص المادة ٢٢٢-٤ من التقنين سالفه البيان ، في اقرارها لمبدأ التلازم بين قاضى الغرامة وقاضى التصفية . إذ نفيد بصريح نصها أن للقاضى الذى قضى بالغرامة ، هو وحده الذى يتولى تصفيتها لاسيما وأن هذا هو ذات مايجرى عليه محاكم القضاء الإدارى بشأن الغرامة التهديدية التى تحكم بها فى مواجهة الأفراد ^(٣) .

(١) VALADOU (P.): le pouvoir de commandement de juge á

l'administration . L.P.A. 29mai. 1995. P. 4.

(٢) T.A. Grenoble: 9 mai 1996. M. Raymann. A.J. 1996. P. 706.

(٣) DREIFUSS (M.): et BOMPARD (A.): op. cit. P. 7.

(ج) فتوى مجلس الدولة :

١٦٥ - ترتب على احتدام الخلاف حول تلك المسألة أن طلبت محكمة فرساي الإدارية من مجلس الدولة الرأى فى شأن مدى اختصاص المحكمة الإدارية بتصفية الغرامة التى قضت بها لكفالة تنفيذ أحد أحكامها حين يكون هذا الحكم مطعوناً فيه بالإستئناف .

وبدلى المجلس بفتواه بعد أن يستعرض المواد ٢/٨ ، ٣/٨ ، ٤/٨ منن التقنين ، فيعلن بأنه يتبين من تلك النصوص ، والأعمال التحضيرية لقسانون ٨ فبراير ١٩٩٥ الذى بمقتضاه أدخلت تلك النصوص الى هذا التقنين ، ولائحة تطبيقه الصادرة فى ٣ يولييه ١٩٩٥ أن اختصاص محكمة الإستئناف يقتصر على الفصل فى طلبات تنفيذ الأحكام المطعون عليها بالإستئناف أمامها فحسب . وهذا هو ذات ماقصده المشرع ، ولاتعد من هذا القبول طلبات تصفية الغرامة التهديدية . ولذلك تكون المحكمة الإدارية التى أصدرت حكم الغرامة بقصد تنفيذ حكمها بالإلغاء أو التعويض هى المختصة بتصفية تلك الغرامة حتى ولو كان هذا الحكم مطعوناً فيه بالإستئناف ^(١) .

وأياً كان قدر الإصابة أو التخطئة فى تلك الفتوى ، فإنها مايجرى عليها العمل الآن كمحض تطبيق لمبدأ التلازم بين قاضى الغرامة وقاضى التصفية ، ليفترق المجلس فى مذهبه هذا عن اتجاه محكمة النقض الفرنسية التى أجازت تيسيراً للإجراءات ، ومنعا للتضارب بين الأحكام حال أن يصفى قاضى أول درجة الغرامة التى أمر بها ، ثم يلغى حكمه فى الإستئناف . نقول تقديرنا لتلك الإعبارات أجازت لمحكمة الإستئناف تصفية الغرامة المحكوم بها فى أول درجة ^(٢) .

ثالثاً : كيفية إجراء التصفية :

١٦٦ - لكى يمكن الوقوف على الكيفية التى تجرى على أساسها التصفية

(١) C.E. avis: 30 avril 1997, Mme Marchal. Rec: p. 1022.

(٢) Cass. Civ: 28 mai 1990. D. 1990. P. 44.

يلزم أن نحدد سلطة قاضى التصفية حال اجرائها . ثم نبين بعد ذلك مدى جواز تعدد التصفية لغرامة واحدة .

(١) سلطة القاضى عند التصفية :

١٦٧ - تتفاوت سلطة قاضى التصفية ضيقا واتساعا تبعا لنوع الغرامة التهديدية المحكوم بها . كما أن له قبول أو رفض أو الحكم بالاعلام للتصفية .

(أ) نطاق سلطة قاضى التصفية :

١٦٨ - يفرق نطاق تلك السلطة تبعا لما اذا كانت الغرامة المزمع تصفيتها نهائية أم مؤقتة . فعلى نحو ما نصت عليه المادة ٤ من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ ، لا يكون لمجلس الدولة تعديل معدل الغرامة النهائية إلا فى حالة ما إذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى قوة قاهرة أو حدث فجائى . ويطبق ذات الحكم بالنسبة للمحاكم الإدارية العادية والإستئنافية وفقا للمادة ٤/٨ من القانونين .

على هذا النحو يفرق النص بين أمرين فى شأن تصفية الغرامة التهديدية: حالة ما إذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى قوة قاهرة أو حدث فجائى حالئذ لا يملك قاضى التصفية إلا تخفيض معدلها فحسب ، دون أن يكون له إلغاؤها ، إذ لم يجر له النص ذلك . وهذا على خلاف الحال بالنسبة لقاضى التصفية المدني ، إذ يكون له وفقا للمادة ٣٣-٢ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ ، إلغاء الغرامة النهائية - والمؤقتة أيضا - إذا كان عدم التنفيذ أو التأخير فيه مرجعه إلى سبب أجنبي^(١) . أما إذا لم يكن عدم التنفيذ عائدا إلى سبب أجنبى ، فإنه لامحالة يكون سببه سوء نية الإدارة ، وامتناعها عن اجرائها . وحالئذ لا يكون أمام قاضى التصفية أى بد من تصفية الغرامة النهائية دون تعديل معدلها ، إذ لاسطة له فى هذا الشأن غير التصفية^(٢) .

DONNIER (M.): op. cit. P. 97.

(١)

BON (P.): op. cit. P. 41.

(٢)

ويتسع نطاق سلطة قاضى التصفية حال أن تكون الغرامة مؤقتة ، إذ وفقاً للمادة ٤ من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ ، يكون لمجلس الدولة تعديل أو الغاء الغرامة المؤقتة حتى ولو كان عدم التنفيذ ثابتاً . هنا يكون لقاضى التصفية الخيار بين أمور ثلاثة : إلغاء الغرامة ، إبقاء الغرامة كما هى ، تخفيض معدل الغرامة .

ولئن كانت سلطة قاضى التصفية حال تصفية الغرامة المؤقتة أوسع منها عند تصفية الغرامة النهائية إلا أنها فى جميع الأحوال يرد عليه قيدان : أولهما مؤداه لايجوز لقاضى التصفية زيادة معدل الغرامة عن المعدل الذى حدده قاضى الغرامة باعتباره الحد الأقصى الذى رأى فيه هذا الأخير القدر الملائم لحث الإدارة على التنفيذ تقديراً لظروف الطلب عند الفصل فيه . أما الآخر فإنه ، وعلى نحو ما أفصحت الأعمال التحضيرية لقانون الغرامة ، يجب أن يؤخذ فى الاعتبار عند ممارسة سلطة تعديل أو الغاء الغرامة جسامة خطأ الإدارة ومدى سوء نيتها فى عدم التنفيذ ^(١) .

(ب) حالات قبول أو رفض التصفية :

١٦٩ - لقاضى التصفية ، فى حدود ما ذكرنا سلفاً ، سلطات ثلاث : إما قبول التصفية ، وإما رفضها ، وإما الحكم بألا محل لإجرائها . وإذا كان قبول التصفية سلطة تمارس فى الحالات التى أشارت إليها المادة ٤ من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ وهى عدم التنفيذ الكلى ، أو التنفيذ الجزئى ، أو التنفيذ المتأخر . فإنه بمفهوم المخالفة ، يقضى برفض التصفية أو يقضى بألا محل لها حال تنفيذ الحكم قبل انتهاء المهلة التى منحها قاضى الغرامة للإدارة لتنفيذ حكمه ^(٢) .

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة بألا محل لتصفية الغرامة التى حكم بها

(١) BON (P.): op. cit. P. 42-43.

(٢) C.E. 27 novembre 1996, commune de Moulins c/ Mme Henriques.

Rec: p. 1113. R.F.D. Ad. 1997. P. 201. J.C.P. 1997-4-937. Note :
Rovault.

على الدولة لإجبارها على تنفيذ حكم محكمة كان الإدارية خلال شهرين من اعلان حكم الغرامة ، وإذا كان قد تم تنفيذ هذا الحكم خلال تلك المدة ، فإنه لا يكون هناك محل لتصفية هذه الغرامة ^(١) . كما قضى مرة أخرى بأنه لا محل للتصفية إذا كانت ادارة الإقليم قد نفذت الحكم الصادر بإلغاء فصل أحد موظفيها، وإعادته إلى عمله خلال مدة الشهرين المحددة لتنفيذ هذا الحكم ^(٢) . وحال أن يتصالح المحكوم له مع الإدارة مبرما اتفاقا بموجبه يتنازل عن حقه فى إعادته إلى وظيفته ، مقابل تعويض مآدى تدفعه إليه الإدارة ، يكون لامناص من أن يحكم قاضى التصفية بالأ محل لها ، إذ تمت بالصلح تسوية الأوضاع المترتبة على تنفيذ الحكم ^(٣) .

وللقاضى أن يرفض التصفية حتى إذا كانت الإدارة قد بدأت اتخاذ اجراءات التنفيذ ^(٤) ، أو أبنت ارادة قوية فى القيام به ^(٥) . ولعل هذا مايفسر قول البعض أن ذلك يؤكد أن الغرامة التهديدية فى نظر مجلس الدولة ليست عقوبة ، أو شباك يتربص بالإدارة الوقوع فيها . وإنما هى وسيلة حرض لها على التنفيذ ، فإذا حققت تلك الغاية ، فليس هناك مايدعو إلى تصفيتها ^(٦) .

أما حالات قبول التصفية فهى الحالات التى تمتنع الإدارة فيها عن التنفيذ كلياً أو جزئياً ، أو تأتبه متأخراً عن الموعد الذى حددته قاضى الغرامة . وحالة عدم التنفيذ تواجه الإمتناع الإرادى عن تنفيذ الحكم بعد انتهاء المهلة المحددة لإجرائه خلالها إن كان القاضى قررها . فى هذه الحالة لا يكون هناك مناص من التصفية التى تبدأ فى تلك الحالة من رفضها التنفيذ سواء كان

C.E. 6 mai 1988. Mme leroux. Rec: pp148 et 884. (١)

C.E 27 octobre 1994. Epoux lopez. Rec: p. 430.

C.E 16 juin 1997, Mme chaneac. Rec: p. 1023. (٢)

GUITTIER (ch.): injonction Op. cit. P. 35. (٣)

C.E 15 novembre 1985. Proust. R.D.P. 1986. P. 1185. (٤)

C.E 28 mai 1986. Sté Notre – Dame des fleurs. Rec: p. 151. (٥)

DREIFUSS (M.): et autre : op. cit. P. 9. (٦)

صريحا أم ضمنا بأن تنتهى المهلة القضائية دون مبادرة إلى التنفيذ^(١) .

وقد نرد الإدارة التنفيذ ، ولكنها لا تأتية كاملا ، وإنما تنفذه تنفيذا جزئيا خلال المدة المحددة له . فى هذه الحالة لا يحول تنفيذ جزء من الحكم دون التصفية ، وإنما تجرى التصفية على اساس نصف مبلغ الغرامة مقابل الجزء من الحكم الذى لم ينفذ . كأن تعيد الإدارة الموظف الذى الغى قرار فصله تنفيذا لحكم الإلغاء . ولكن دون أن تسوى حالته الوظيفية فيحصل على ذات الدرجة الوظيفية التى كان من المفروض حصوله عليها إذا لم يصدر قرار الفصل^(٢) .

وقد تنفذ الإدارة الحكم ولكن بعد انتهاء المدة التى حددها قاضى الغرامة للتنفيذ ، حالئذ يكون تنفيذها متأخرا ويتم تصفية الغرامة على أساس مدة التأخير التى تبدأ من اليوم التالى لأخر يوم فى المهلة القضائية ، حتى اليوم السابق ليوم الذى تعلن فيه إلى مجلس الدولة - أو المحاكم الإدارية العادية أو الاستثنائية - بإرسال صور من المستندات الدالة على قيامها بتنفيذ الحكم ، أو أن تحسب مدة التأخير من اليوم التالى لإعلانها بحكم الغرامة حتى اليوم السابق على اعلان رغبتها فى التنفيذ . وهذا إذا لم يكن قاضى الغرامة قد منحها مدة تجرى التنفيذ خلالها .

مثل الحالة الأولى أنه فى ١١ مارس ١٩٩٤ اصدر مجلس الدولة حكما بغرامة تدينية ضد الدولة إذا لم تنفذ خلال ستة أشهر من اعلان هذا الحكم ، حكما صدر عن المحكمة الإدارية بإلغاء القرار الضمنى لوزير الزراعة برفض اصدار القرارات اللاحقة اللازمة لتطبيق المادة ٧٩ من قانون ١١ يناير ١٩٨٤ بشأن الوظائف العامة بالنسبة للموظفين المتعاقدين بالوزارة . وأعلن هذا الحكم الى الوزارة فى ٨ ابريل ١٩٩٤ ، وكان من المفروض أن تنفذ الوزارة الحكم فى مدة أقصاها ٨ اكتوبر ١٩٩٤ - نهاية الأشهر الستة - ولكنها لم تفعل فبدأ

C.E 2 mars 1988. Sté les tennis jean Becker. Rec: p. 108. (١)

C.E 16 octobre 1995. Mme leportier. J.C.P. 1996. 2 - 22588. Concl: (٢)
Schwartz.

سريان الغرامة من اليوم التالى لانتهااء تلك المدة أى ٩ اكتوبر ١٩٩٤ . غير أنه فى ٩ ديسمبر ١٩٩٤ أخطرت الوزارة مكرتارية القسم القضائى بمجلس الدولة بصور من المستندات الدالة على تنفيذها للحكم ، وبذلك تكون الإدارة قد تأخرت ٦٢ يوما عن تنفيذ هذا الحكم (من ٩ اكتوبر ١٩٩٤ حتى ٩ ديسمبر ١٩٩٤) . وتلك هى المدة التى صفتت للغرامة على أساسها ^(١) .

ومثل الحالة الأخرى تصفية الغرامة التى تسرى من اليوم التالى لإعلان الحكم بها . إذ لايمهل قاضى الغرامة هنا الإدارة فى التنفيذ ، ولا يمنحها أية مدة لتنفيذ الحكم خلالها . فى هذه الحالة تحسب مدة التأخير فى التنفيذ من اليوم التالى لإعلان حكم الغرامة إلى الإدارة وحتى اليوم السابق على التنفيذ . ألغت المحكمة الإدارية قرار مدير المكتب العام للتشديد والبناء برفض التحاق أحد موظفيه الى صندوق المعاش الوطنى لموظفى الوحدات المحلية ، غير أنه لم يعبأ بالحكم ، فرفض من جديد وذات السبب تنفيذ الحكم ، ولذلك قضى مجلس الدولة بغرامة تهديدية ١٠٠٠ فرنك للإجبار على تنفيذ هذا الحكم تبدأ من اليوم التالى لإعلان هذا الحكم وحتى تنفيذه ^(٢) . وبعد مضى ثلاثة أيام من هذا التاريخ تم تنفيذ الحكم ، فصفى مجلس الدولة الغرامة بواقع ٣٠٠٠ فرنك عن الثلاثة الأيام التى تأخر فيها تنفيذ هذا الحكم ^(٣) .

(٢) مدى جواز تعدد التصفية لغرامة واحدة :

١٧٠ - ليس هناك مايمنع من تعدد التصفية على غرامة تهديدية واحدة، وذلك لمواجهة احتيالات الإدارة على التنفيذ ، ومحاولاتها للتحايل عليه . حالئذ نصادف نوعين من التصفية : تصفية مؤقتة وأخرى نهائية . ففى بعض الحالات تعلن الإدارة عن رغبتها فى تنفيذ الحكم بعد نفاذ المدة المحددة للتنفيذ .

C.E 6 janvier 1995. M. Boivin. R. Ad. 1995. P. 18. Note : M.D.L. (١)

C.E 6 janvier 1995. M. soulat. Rec: p. 15.

C.E 28 mai 1993. Mme Bastien. Rec. p. 972. (٢)

C.E 15 decembre 1993. Mme Bastien. Rec: p. 972. (٣)

وتخطر مجلس الدولة بصور المستندات الدالة على صدق هذه النية ، فيجـرى المجلس تصفية للغرامة للفترة من اليوم التالى لانتهاـء هذه المدة وحتى اليوم السابق على اعلانها الرغبة فى التنفيذ . وبعد أن تصفى الغرامة ، تحث الإدارة فى عهدها ، وتعود إلى الإمتناع عن التنفيذ . حالئذ لا يكون هناك مفر من أن تسرى الغرامة من جديد . من اليوم التالى لإعلان الرغبة فى التنفيذ ، وحتى اليوم الذى يتأكد فيه من التنفيذ فعلا. وهنا تصفى الغرامة تصفية نهائية.

فى قضية Soulat أصدر مجلس الدولة حكما فى ١١ مارس ١٩٩٤ بغرامة تهديدية ١٠٠٠ فرنك يوميا إذا لم تنفذ الإدارة حكم المحكمة الإدارية فى موعد أقصاه ستة أشهر من إعلان حكم ١١ مارس ١٩٩٤ . وأعلن هذا الحكم للإدارة فى ١٨ أبريل ١٩٩٤ . غير أنه فى ٩ ديسمبر ١٩٩٤ أخطرت الإدارة أمانة القسم القضائى بمجلس الدولة بصور من المستندات الدالة على اتخاذها لإجراءات التنفيذ . فقام المجلس بتصفية الغرامة على أساس المدة من ١٩ أكتوبر ١٩٩٤ حتى ٩ ديسمبر ١٩٩٤ (٥٢ يوما) . غير أنه حدث أنها لم تنفذ الحكم فعلا ، وامتنعت عن استكمال إجراءات التنفيذ ، فأعيد سريان ذات الغرامة مرة أخرى . حتى أخطرت مجلس الدولة بأدلة التنفيذ فأجرى المجلس تصفية ثانية للغرامة بحكم جاء فيه : ... إذا كان حكم ١١ مارس ١٩٩٤ قد قضى بغرامة تهديدية لكفالة تنفيذ حكم الإلغاء الصادر عن المحكمة الإدارية ، ولما كان مجلس الدولة قد صفى هذه الغرامة تصفية أولى بمقتضى حكمه الصادر فى ٦ يناير ١٩٩٥ عن الفترة من ١٩ أكتوبر ١٩٩٤ حتى ٩ ديسمبر ١٩٩٤ ، إلا أنه فى ٦ مارس ١٩٩٦ لم تخطر الإدارة مجلس الدولة بصور من المستندات الدالة على تنفيذها الحقيقى لحكم الإلغاء . فإن هذا يقتضى أن يجرى المجلس تصفية جديدة للغرامة عن الفترة من ١٠ ديسمبر ١٩٩٤ حتى ٦ مارس ١٩٩٦ (٤٥٣ يوما) ^(١) .

C.E 3 avril 1996. M. soulat. Rec: p. 1114.

(١)

C.E 3 avril 1996. M. Boinin. Rec: p. 1113.

وللمرة الثالثة لم تنفذ الإدارة الحكم ، ولم تصدر القرارات اللاتحجية المطلوبة، ولم تفلح التصفية الثانية فى القضاء على ممانعتها للتنفيذ . وتبدأ الغرامة التهديدية جولة جديدة من اليوم التالى للتصفية الثانية ، وهو يوم ٧ مارس ١٩٩٦ . ولكن هذه المرة يحدد مجلس الدولة ميعادا غير تقليدى لانتهاء سريانها ، وبداية التصفية الثالثة . إذا أراد أن يقطع على الإدارة كل سبيل التحايل على تنفيذ الحكم . فلم يعتد هذه المرة بأن تودع المستندات الدالة على اتخاذها لإجراءات التنفيذ أمانة للقسم القضائى للمجلس كما هو معهود . وإنما ميعاد انتهاء سريان الغرامة هو تاريخ نشر القرارات اللاتحجية المطلوبة فى الجريدة الرسمية . ولم تجد الإدارة بدا لوقف التزايد المالى للغرامة إلا بنشر هذه القرارات بالجريدة الرسمية فى ٢٧ ديسمبر ١٩٩٦ ^(١) . وتصفى الغرامة تصفية نهائية للمرة الثالثة عن الفترة من ٧ مارس ١٩٩٦ الى ٢٦ ديسمبر ١٩٩٦ (٢٩٥ يوما) ^(٢) .

ولا يفتوتا أن نشير إلى أن حكم التصفية ، فى الحالات الثلاث ، يتمتع بحجية الشئ المقضى به . ويمكن الطعن بالإستئناف أو بالنقض كغيره من الأحكام . هذا إلى أنه من ناحية أخرى إذا صار حكما نهائيا لعدم الطعن فيه خلال الميعاد ، فإنه حالئذ يحوز حجية الشئ المقضى به ^(٣) .

وهذا على خلاف الحكم بالألا محل للتصفية ، إذ هو حكم مؤقت ، مهما مضى عليه من الوقت لا يكتسب الصفة النهائية . ويدعم بعض الفقهاء ذلك بقوله ... أن مجلس الدولة ينظر الى منازعة التصفية على أنها منازعة لها خصوصية معينة ، فهي ليست منازعة مشروعية ، ولذا فإن الحكم بالألا محل للتصفية ، ينظر إليه على أنه لامحل مؤقت ولا محل نهائى . وهذا يعنى أن جميع الأحكام بالألا محل فى نطاق التصفية تعد أحكاما مؤقتة تصدر بشأن الحالة التى تكون عليها اجراءات التنفيذ وقت أن يفصل القاضى فى طلب التصفية .

J.O. 31 decembre 1996. P. 19693. (١)

C.E 24 octobre 1997. Soulat. Rec: p. 1023. (٢)

CHABAS (F.): op. cit. P. 12. (٣)

فإذا الإدارة عدلت بعد ذلك عن تلك الإجراءات ، فإن قاضي التصفية يمكنه من جديد الفصل في الطلب ، ويصفى الغرامة التي حكم بها سلفا ^(١) .

وثمة تساؤل جدير بالطرح الا يمكن اعتبار عدول الإدارة عن التنفيذ بعد أن بدأت فيه بمثابة منازعة مستقلة عن تلك التي صدر بشأنها حكم الغرامة المطلوب تصفيتها ؟ . لأن كان هذا يصادف قضاء سابقا لمجلس الدولة في شأن الحكم بالغرامة كما رأينا سلفا ، فإنه أمر غير مقبول بالنسبة له في نطاق التصفية ، وذلك رغبة منه في الا يعطى الإدارة الفرصة للتحايل ، والحيولة دون تصفية الغرامة باتباع هذا الأسلوب . فتتعل بفكرة النزاع المستقل للتوصل من اجراءات التصفية .

ولعل هذا ما أكدته المجلس بحكم رافع في قضية Janky هذا الموظف المتعاقد في إحدى الوحدات المحلية التي قامت بفصله وإنهاء عقده . ألغى قوار الفصل ، وحكم مجلس الدولة بغرامة تهديدية ١٥٠٠ فرنك يوميا إذا لم يعاد إلى عمله لاستكمال مدة عقده خلال ثلاثة اشهر من اعلان هذا الحكم . ولكن قبل انتهاء هذه المدة اتخذت الإدارة اجراءات اعادة هذا الموظف إلى عمله . وهذا اضطر مجلس الدولة إلى إصدار حكم بالأ محل للتصفية . فما كان من ادارة الإقليم إلا أن سحبت في ٣٠ ابريل ١٩٩٧ قرارها بإعادة الموظف إلى عمله ، وأعلنت رفضها لتنفيذ الحكم . فاضطر مجلس الدولة إلى التدخل ثانية لتصفية الغرامة التي كان قد قضى سلفا بالا محل لتصفيتها . وقضى بأنه لما كان حكم الغرامة قد صدر في ١٧ يناير ١٩٩٦ وأعلن للإدارة في ٩ فبراير ١٩٩٦ ، فإن الغرامة تبدأ في السريان من ١٠ مايو ١٩٩٦ - بعد مدة الثلاثة الأشهر المحددة للتنفيذ خلالها - فإن الغرامة تصفى عن الفترة من ١٠ مايو ١٩٩٦ إلى ٢٤ أكتوبر ١٩٩٧ - اليوم السابق على التنفيذ الفعلي للحكم - ^(٢) .

L.T: note sous C.E 14 novembre 1997. Jankly. R. Ad. 1998. Comm : (١)

64. P. 21.

C.E 14 novembre 1997. Jankly. Rec. p. 423.

(٢)

الفرع الثاني

توزيع حصيلة الغرامة بعد التصفية

تمهيد :

١٧١ - حال تصفية الغرامة المدنية تؤول حصيلة التصفية الى الدائن كاملة انتقالا من المدين بالتقديف . إذ أنها تعد بعد التصفية بمثابة جزاء خاص يوقع على المدين ^(١) . وهنا يثور التساؤل هل ذات الحكم يسرى فى شأن توزيع حصيلة الغرامة الإدارية أم أن هناك من اعتبارات التمييز ما يستوجب المفارقة فى توزيعها ؟ .

من النظرة الأولى لقانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ يبدو أن المشرع فعلا اتجه فى هذا الشأن اتجاها مغايرا . يجمع من خلاله فى صعيد واحد بين الأصل والإستثناء . إذ تنص المادة ٥ من هذا القانون - وهى بذات حكمها تسرى بالنسبة للمحاكم الإدارية العادية والإستئنافية بمقتضى المادة ٤/٨ من التقنين - على أن مجلس الدولة يمكنه ألا يأمر بدفع جزء من الغرامة الى المحكوم له . وعليه فى هذه الحالة أن يأمر بدفع هذا الجزء إلى صندوق تنمية الوحدات المحلية . وبمقتضى لائحة ٢٦ ديسمبر ١٩٨٥ استبدل بهذا الأخير صندوق الضريبة على القيم المضافة .

ولئن كان لذاك التوزيع أسبابه التى أفضت بالمشرع الإدارى إلى الخروج على ما هو مطبق فى نطاق الغرامة المدنية ، إلا أن المشكلة تدق فى شأن طريقة اجرائه . ووجه دفتها غياب المعيار الذى على أساسه يتم هذا التوزيع .

تناقش اذن هذه الأمور من خلال فكرتين : المستفيدون من حصيلة الغرامة ، وطريقة التوزيع .

أولا : المستفيدون من حصيلة الغرامة :

١٧٢ - لم يحظر المشرع على قاضى التصفية أن يجعل حصيلتها كاملة للمحكوم له أو الطالب . فلقد رأيناه فى النص السالف وقد بدأ بالإستثناء . فالأزم القاضى حين يترأى له ألا يجعل نصيبا من الغرامة للمحكوم له أن يقضى بدفعه إلى الصندوق الخاص بتعويضات الضريبة على القيم المضافة . فعقد بذلك للقاضى سلطة فى التوزيع مزجوجة : نحمل فى جانب طرفا من السلطة التقديرية : إذ له وفقا لها أن يقرر أو لا يقرر أن يدفع للمحكوم له قدرا من الغرامة أو لا يدفع . ويحمل فى جانب آخر طرفا من السلطة المقيدة . ففى حالة أن يرى ألا يعطى المحكوم له نصيبا معلوما من الغرامة ، يلتزم بأن يقرر دفعه إلى صندوق القيم المضافة . ولعل هذا مايفسر ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة فى شأن التصفية من أنه فى حالة سكوت حكم التصفية عن بيان المستفيد من حصيلة الغرامة أو تحديد قدر مايدفع الى المحكوم له ، وذلك الذى يؤول الى الصندوق ، يجرى العمل على الأصل ، فتتفع الغرامة كلها إلى المحكوم له مهما كانت قيمتها .

ومثل ذلك أن مجلس الدولة صفى الغرامة المحكوم بها ضد المكتب العام للتشييد والبناء - وهو مؤسسة عامة - على اساس تأخيرها لمدة ثلاثة أيام فى تنفيذ حكم الغاء قرار مديره برفض انضمام إحدى موظفيه الى الصندوق الوطنى لمعاش موظفى الوحدات المحلية ، بواقع ألف فرنك يوميا . غير أنه لم يبين فى ذات حكم التصفية كيفية توزيع حصيلتها التى بلغت ٣٠٠٠ فرنك ، لذا آلت جميعها الى المحكوم لها ^(١) . وذات الوضع يتكرر بالنسبة لتصفية الغرامة المحكوم بها على إحدى الأقاليم لعدم تنفيذها حكم تعويض لإحدى الشركات ، فحصلت هذه الأخيرة على المبلغ المصفى جميعه وهو ٩١ ألف فرنك ^(٢) .

ولكن هل يلزم ، حتى يعد بالتوزيع ، ويؤتى هذا الأثر ، بيان المستفيدين

C.E 28 mai 1993. Mme Bastien. Rec. p. 972. (١)

C.E 2 mars 1988. S.A. " les tennis jean Becker". Rec. p. 108. (٢)

حال الحكم بالغرامة أم لا ؟. ليس يلزم أن يذكر في حكم الغرامة ما إذا كان جزء من حصيلتها يؤول إلى المحكوم له أو الصندوق أم لا حتى يتحقق أثره في هذا الشأن . إذ يمكن تدرك ذلك في حكم التصفية ، لأن العبرة في تحديد المستفيدين ليس بحكم الغرامة ، وإنما بما ورد في حكم التصفية ، باعتباره الحكم المنهى الخصومة الغرامة . ففي قضية السيد Janky لم يبين مجلس الدولة في حكمه بالغرامة التهديدية لإجبار الإدارة على إعادته إلى عمله بعد إلغاء قرار فصله ، أولئك المستفيدين من حصيلتها ، وما إذا كانت ستقسم عليهم بالسوية ، أم بنسب متفاوتة ، لوما إذا كانت ستؤول جميعا لطرف دون الآخر أم لا . وهذا لم يحل دون أن يقوم المجلس حال التصفية ببيان تحديد المستفيدين ، ونسب كل منها، فقرر ١٠% منها لمصالح المحكوم له ، و ٩٠% للصندوق (١) .

ولعل فريقا من الناس قد يتساءل عن بواعث مشاركة جهة كصندوق الضريبة على القيم المضافة ، للمحكوم لصالحه في حصيللة الغرامة ، ولما لم يصرح المشرع بلزوم استئثاره بها جميعها ، وهو وحده الذي كابد من جراء عدم التنفيذ ، وأضير بالغ الضرر لتأخره . ثم ليس هذا هو الأسهل الذي يجرى عليه تطبيق نظام الغرامة في القانون الخاص ، فلم شد المشرع عنه هنا ؟ (٢) لا جرم أن منطق الأثنياء يقضى بأن يستأثر المحكوم له بالغرامة المصفاة كلها ، وهذا ما يبدية ظاهر الأمر . ولكن للمساءلة أسبابا أخرى تكثف عنها الأعمال التحضيرية لقانون الغرامة ، تعود جميعا إلى الطبيعة الذاتية للغرامة الإدارية ، وترجع إلى ما لها بعد التصفية . فهي بذلك الإجراء تتحول من وسيلة ضغط متلازمة مع هدفها بالحصول على تنفيذ منجز للحكم ، إلى

(١) C.E 14 novembre 1997. Janky. R. Ad. 1998. No: 64. P. 21.

(٢) اقترح عند مناقشة قانون ٥ يولييه ١٩٧٢ بشأن الغرامة التهديدية المدنية أن ينص على توزيع حصيللة هذه الغرامة مناصفة بين الخزنة العامة والدائن . ولكن رفض الاقتراح في مجلس الشيوخ ، واعتمد النص الحالي الذي يقرر بأن تكون حصيللة الغرامة جميعها للدائن
BON (P.): op. cit. P. 44.

دين يقع على عاتق الشخص العام المخل بالتفويض امتناعا أم تأخيرا . وهذا الأخير حين يؤديها ، فلا يفعل ذلك باعتبارها تعويضا يحصل عليه المحكوم له بسبب مالحق به من ضرر نتيجة عدم التنفيذ ، وإنما بصفتها جزاء يوقع عليه لخرق قانوني ارتكبه ، يتمثل في امتناعه عن عمل يوجب القانون عليه القيام به ، أو تأديته . ولكن على غير الوجه المقضى قانونا .

ولعل تلك الطبيعة هي التي تعطى قاضى التصفية سلطة واسعة عند تقديرها . إذ رغم أن عناصر تحديدها تكون بالغة الوضوح ، لا تحتاج الى أكثر من عملية حسابية بسيطة لتغدو واضحة - عدد أيام الإخلال بالتنفيذ فى معدل الغرامة - إلا أنه يقوم بمهمة تقديرية أكبر من ذلك ، تتمثل فى رؤيته لمقتضيات اعفاء الإدارة كليا أو جزئيا منها تبعا لمدى استجابتها ، وما لم بها من ظروف تنفى عنها سوء القصد ، أو مدى مسارها وتوافر مواردها ^(١) . إنها ذات السلطة التي تكون للقاضى الجزائي لتقدير الجزاء تبعا لحالة وظروف المتهم كمحض تطبيقي لنظام تفريد العقاب .

إذن الغرامة قبل أن تصفى وسيلة ضغط على الشخص العام المدين بالتنفيذ تحضه عليه ، وهى بعد التصفية جزاء عن عدم التنفيذ ^(٢) . وبذلك لم يقصد المشرع أن تكون كما ذكرنا مرارا سبيل اثراء للمحكوم له ، حتى يفرض على القاضى أن يصفى لها صابه كاملة ، ولم يشأ أن يجعلها تعويضا عما لحقه به من أضرار نتيجة عدم التنفيذ ، حتى يقدرها القاضى معتدا بقدر ما أصابه

(١) DEBEAURAIN (J.): voies d'exécution. Paris liberarie de l'université d'aix-en provence et presses universitaires d'aix-Marseille: 1995. P. 85.

(٢) FRAISSEIX (P.): la réforme de la juridiction administrative par la loi n° 95- 125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictivis et à la procédure civile, penale et administrative. R.D.P. 1995, p. 1053.

من ضرر ، فيكون مآلها في نهاية الأمر إليه ^(١) ، فيجمع بذلك بين تعويضين : التعويض الذى يحصل عليه عن طريق دعوى القضاء الكامل التى تقيمها بسبب عدم تنفيذ الحكم كأصل عام ، والتعويض الناجم عن الغرامة . وهذا بالقطع لا يجوز وإلا يكون هذا معناه أن تجازى الإدارة عن فعل واحد مرتان . مما يتعارض مع الأصول الجزائية العامة والتى لا تقتصر سريانها على الأشخاص الطبيعية فحسب ، وإنما تمتد أيضا لتطبق على الأشخاص الاعتبارية أيضا . ولعل هذا ما أفضى بالمشرع إلى أن ينص فى المادة الثالثة من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ بأن الغرامة ليست لها طبيعة التعويض .

ومن الجهة المقابلة لم يرغب المشرع أيضا أن يجعل من يشاركه فيها نصيبا الخزانة العامة ، وإلا اختفت فيها فكرة الردع ، وفقدت طابع الجزاء الذى يوقع على الدولة باعتبارها الشخص المعنوى الأكبر الذى يمثل الجهات الإدارية الأخرى . فيكون هذا معناه أنها هى التى ستدفع الغرامة ، وهى أيضا التى سيؤول إليها فى النهاية مادفعته ، إذا قدر للخزانة العامة نصيبا من الغرامة المصفاة . وهذا ولاشك يغتر من أثرها ، ويوهن من فاعليتها ، ويجعلها ضربا من السخف ، ومثارا للمسخرة ^(٢) . ولذا أثر المشرع صندوق دعم الوحدات المحلية بدلا عن الخزانة العامة . وقيل تبريرا لذلك فى حينه ، فضلا عما ذكرنا سلفا ، أن هذه الوحدات تعاني من مشاكل مالية وهى فى حاجة إلى دعم مواردها ، وإذا كانت تمثل جزءا من الإدارة التى يجب أن تستبعد عن الاستفادة بحصيلة الغرامة لذات الإعبارات التى أفضت إلى استبعاد الخزانة العامة ، على اعتبار أن الغرامة قننت كوسيلة ضغط وإجبار لها على تنفيذ الأحكام الإدارية ، فلا يعقل أن تستفيد وهذا شأنها من حصيلتها . وإن كانت تلك الحجة تقبلها البعض بقبول حسن معلا ذلك بأن دفع قدر من حصيلة الغرامة إلى هذا الصندوق ، ليس معناه دفعها إلى الوحدات المحلية ، إذ هو يتوزع عليها جميعا ، ولا تستأثر به واحدة منها . وهذا لا يفقد الغرامة بالنسبة لها دورها وطبيعتها

DREIFUSS (M.) et autre: op. cit. P. 10.

(١)

TERCINET (J.): op. cit. p. 9.

(٢)

كجزء ردعى لها ^(١) . غير أنها كانت وراء التعديل الذى اضطر معه المشروع إلى أن يحل محل هذا الصندوق صندوق الضريبة على القيم المضافة باعتباره صندوق دعم مشروعات عامة عديدة ، كما تتعدد أوجه نفقاته بشكل يضافى على طبيعته نوعا من التمييز الذى يتقادى به الإنتقادات السابقة .

ثانيا : طريقة توزيع حصيلة الغرامة :

١٧٣ - خلا قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ ، وتقتن المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية أيضا ، من نص يحدد كيفية توزيع حصيلة الغرامة بين المحكوم له ، وصندوق الضريبة على القيم المضافة . ولقد قصد المشرع بذلك ، أن يترك لقاضى التصفية حرية التقدير فى هذا الشأن . ليحدد على ضوء جملة من الإعتبارات الواقعية كيفية توزيع تلك الأنصبة . من ذلك مدى تعنت الإدارة وسوء نيتها فى التنفيذ ، وقدر مايعانيه الصندوق من وفرة فى الموارد ، أو عجز فيها ، والظروف الخاصة بذى الشأن .

ولقد اتخذ مجلس الدولة تقديرا لتلك الظروف مواقف ثلاثة : إما أن يعهد بحصيلة الغرامة جميعها إلى المحكوم له ، وإما أن يعطىها مناصفة بين الطرفين ، وإما أن يحيل للصندوق نصيبا أكبر من المحكوم له .

فمن ناحية الحالات التى قضى فيها بدفع الغرامة كاملة للمحكوم له ، فإن ذلك لم يحدث ، فى حدود ما نعلم ، إلا فى حالتين : حالة السيدة Bartien التى حصلت على المبلغ كاملا وهو ٣٠٠٠ فرنك . ويبدو أن صغر المبلغ أفضت بالمجلس إلى ألا يقرر توزيعه ، ويعهد به كاملا إلى المحكوم لها . وهذا على خلاف الحالة الأخرى التى فيها حصلت إحدى الشركات على مبلغ التصفية جميعه ، وهو ٩١ ألف فرنك ^(٢) ، إذ قدر المجلس فى هذه الحالة مقدار العنت

(١) - J.O. Docu. Sénat. Rapport au nom de commission des lois. 1977

1978 No: 273. P. 3215.

C.E. 15 decembre 1993. Mme. Bastien. Rec: p. 972.

(٢)

الذى كابدته هذه الشركة للحصول على تنفيذ حكم التعويض الصادر لها ، ومدى ماتكبتها فى سبيل تنفيذه لاسيما وقد استغرقت اجراءات هذا التنفيذ سنوات عديدة (١) .

لم يشأ مجلس الدولة ، وتابعه فى هذا الشأن محاكم القضاء الإدارى الأخرى ، الخروج على ماتنياه المشرع من الغرامة ، فلا تتخذ سبيلا لتعويض المحكوم له ، أو وسيلة لأن يثرى على حساب الإدارة ، لذا عدل عن هذا الإتجاه . فقرر فى حالات أخرى توزيع هذه الحصيلة مناصفة بين الطرفين . ففي قضية Boivin بلغت حصيلة الغرامة ٦٢٠٠٠ فرنك ، وزعت مناصفة بينه وبين الصندوق (٢) . كما صغيت الغرامة فى قضية soulat على أساس مبلغ ٥٢٠٠٠ فرنك قسمت أيضا مناصفة بينه وبين الصندوق (٣) . وهكذا الشأن فى قضية السيدة Lepourtier إذ بلغت الغرامة عند التصفية حوالى ١٣٧٠٠٠ فرنك ، دفع لها النصف ، والنصف الآخر للصندوق (٤) . كما وزعت محكمة جرونبل الإدارية الغرامة التى قامت بتصفيتهما مناصفة بين السيد Roymann والصندوق . فحصل كلا منهما على ٥٧٥٠٠ فرنك (٥) .

ويظهر فى حالات مغايرة اتجاه القضاء الإدارى فى طريقة توزيع حصيلة الغرامة الى التأكيد على طبيعتها الجزائية . فلا يلقى بالا لقدر النصيب الذى يخصصه للمحكوم له . اذ جل الهم أن تجازى بها الإدارة على اخلالها

PRETOT (X): OBSERVATIONS SOUS c.e. 2 MARS 1988. Sa. (١)

LES TENNIS JEAN Becker . C/ Cne de Morne - a - L'Eau. A.J. 1988. P. 485.

C.E 6 janvier 1996. M. Boivin. R. Ad. 1995. P. 158. (٢)

C. E 6 janvier 1995. M. Soulat. A.J. 1995. P. 104. R.D.P 1995. p. 531. Concl. Denis-Linton. R. Ad. 1995. P. 18. (٣)

C.E 16 oct. 1995. Mme Leportier. J.C.P. 1996. 2-22588. Concl: Schwartz. (٤)

TA. Geronble: 9 mai 1996. M. Roymann. A.J. 1996. P. 706. Observ: M.B. (٥)

بالتفويض ، لا أن يحصل المحكوم له على قدر ذى ثقل منها . ولذا نجده في تلك الحالات يقدر له منها نصيبا قليلا بدرجة لا تتناسب مع ما خصص للصندوق . مثل ذلك أنه خص المحكوم له بنسبة ١٠% من مبلغ التصفية ، وأعطى الباقي إلى الصندوق كما هو الشأن في قضية Janky ، إذ أن المجلس ، وكما يقول البعض ، لم يشأ هنا أن يمنح هذا الموظف راتبا تعويضا عما فاتته نتيجة للفصل غير المشروع ، وإنما أراد كما هو الشأن في هذه القضية إجبار الإدارة على الإنصاف لحكم القضاء فحسب ^(١) وفي حالة أخرى قرر للصندوق ثلاث أرباع الحصيلة ، تاركا ربعها للمحكوم له ، كما حدث في قضية السيدة Loubet ^(٢) . بل إن محكمة استئناف نانت الإدارية وزعت الغرامة التي قامت بتصفيتها في قضية Allais وكان قدرها ١٢٣ ألف فرنك على أساس يحصل الصندوق على ١١٣ ألف فرنك ، ويكون للمحكوم له العشرة الآلاف الباقية ^(٣) .

وقصارى القول أن قاضي التصفية في تلك الحالات قصد ألا يخرج بالغرامة عن هدفها التشريعي ، فلا يجعلها موردا ماليا لذى الشأن أو سييلا للإثراء على حساب الخزانة العامة ^(٤) . وهذا ما يؤكد مجلس الدولة في التصفية الثانية في قضية Soulat إذ بعد أن قدر له نصف مبلغ التصفية الأولى ، كما ورد سلفا ، جاء في التصفية الثانية وخصص له ١٠% منها ، ليكون للصندوق ٩٠% من اجمالي الغرامة التي صفيت على أساس مبلغ ٤٥٣ ألف فرنك ^(٥) .

(١) C.E 14 novembre 1997. Janky. R. Ad. 1998. No: 64. P. 21. Note: L.T

(٢) C.E 22 février 1995. Mme.Loubet. A.J.A. 1995. P.5.

(٣) CAA. Nantes: 11 décembre 1996, M. Allais. A.J. 1997. P. 307. et chron: Cadenat. P. 280.

(٤) M.B: observations precitées.

(٥) C.E 3 avril 1996. Soulat. Rec: p. 115.

المطلب الثاني

آثار تصفية الغرامة التهديدية

تمهيد

١٥٦ - بصدر حكم التصفية النهائية تتحسم خصومة الغرامة ، وتطوى بتراكمها الإجرائي صفحا لينقل الحكم إلى رحاب الواقع مرتبا جملة من آثار يتماثل في شأنها مع غيره من الأحكام . بعضها موضوعي ، وبعضها الآخر إجرائي . ولايهما لعمومها أن نعرض لها ، فالحديث فيها لاطائل منه يرجى . فهو اتيان على محسوم ، وخوض في معلوم . إذ لا يعدو أن يكون ترديدا للقواعد العامة في آثار الأحكام القضائية .

ولكن مانود أن نستلفت للنظر اليه حقا هو مايتعلق بحكم للتصفية خاصة، مما رتبته المشرع عليه من آثار بمقتضى قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ ، باعتبارها من ناحية آثار تخصه دون غيره من جهة ، وبصفتها عاملا جوهريا اراد به المشرع امتداد فاعلية دور الغرامة إلى مرحلة ملبعد الحكم فيها ، تلاحق الشخص المعنوي ذاته في ذمته المالية . وتترصد موظفيه الذين افضى امتناعهم عن التنفيذ إلى الحكم بالغرامة .

وهكذا فإن أول تلك الآثار يرتبط بتنفيذ حكم التصفية في مواجهة الشخص الاعتباري المحكوم ضده . وهذه نتاولها بقدر من التفصيل في فرع أول ، وثانيتها مسئولية الموظف المسئول عن التنفيذ الذي أدى امتناعه عنه إلى الحكم بالغرامة وذلك في فرع ثان .

الفرع الأول

تنفيذ حكم التصفية

مدى جواز تنفيذ حكم التصفية جبرا في مواجهة الإدارة :

١٧٥ - في نطاق القانون الخاص بعد أن تصفى الغرامة التهديدية ،

تصير للحكم الصادر فيها قوة تنفيذية ، يصبح معها ، وفقا للمادة ٥٣ من لائحة قانون تنفيذ الأحكام الصادرة في ٣١ يوليو ١٩٩٢ ، قابلا لأن ينفذ تنفيذا جبريا^(١) وهذا الحكم لا يمكن تطبيقه في مجال تصفية الغرامة الادارية ، إذ يحول دونه الأصل الذي يحظر اتباع طرق التنفيذ العادية ، والتي منها التنفيذ الجبرى ، فى مواجهة الأشخاص الاعتبارية العامة وفقا للتحديد الذى أوردنا سلفا .

كيف يمكن إذن تنفيذ هذا الحكم ؟ اترك مصيره إلى الإدارة لتمتّع عن تنفيذه كما فعلت بالنسبة للحكم الأصلى الذى كان امتناعها عن تنفيذه سببا فى إصداره ؟. أندع لها من سلطة التقدير مايجعل لها خيار الوقت المناسب للتنفيذ ، والطريقة الملائمة لإجرائه ؟. إذن لم يكن صدور تشريع الغرامة خاليا من حل يحسم تلك المسألة إلا أن تتعظم كل نتيجة لهذا النظام على صخرة التسويف والمطل الإدارى فى التنفيذ تارة ، والرفض الصريح له تارة أخرى . ولا يكون أمام ذى الشأن من مناص إلا أن يلجأ تارة أخرى للقاضى الإدارى ليحكم بغرامة جديدة لإجبار الإدارة على تنفيذ حكم تصفية غرامة قديمة ... وهكذا يختلق حكم التصفية بين معانعة الإدارة ، ومبادئ تقليدية حائلة بوجودها دون إلزامها بتنفيذ هذا الحكم جبرا .

لم تغب تلك الرؤى عن خاطر المشرع ، فطفق بحثا عن حل تتحسم به تلك المشكلة ، ويسد به هذه الثغرة ليحيط حكم الغرامة بمساج فاعله تضمن له حسن التنفيذ^(٢) . ولذا ابتدع طريقا جديدا لتنفيذ الأحكام المالية عامة وأحكام تصفية الغرامات بوجه خاص ، جاء به قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ بشأن الغرامة التهديدية فى مادته الأولى التى عدلت بموجب المادة ٩ من قانون ٢٢ يونيو ١٩٩٤ . بمقتضى هذا النص فرض المشرع تنفيذ حكم التصفية على الإدارة جبرا بشكل لايدع لها فرصة للتصل منه ، أو إعاقه تنفيذه ، ليكون ذلك طريقا

DONNIER (M.): op. cit. P. 94.

(١)

GERBET (M.): J.O. Doc. Rapport au nom de la commission des lois. Ass. Nat. Séance du 17 novembre 1979. No: 3219. P. 6.

(٢)

موازيا للتنفيذ الجبرى المتبع فى مواجهة أشخاص القانون الخاص . ولعل هذا ما جعل بعض الفاقهين يصفه بأنه نوع من الدفع الجبرى للخرامة المحكوم بها^(١) وحتى يمكن الوقوف على كيفية تنفيذ حكم التصفية جبراً وفقاً لهذا النظام، نعرض بداية لشروطه ، ثم نبين بعد ذلك اجراءات تطبيقه .

أولاً : شروط التنفيذ الجبرى لحكم التصفية :

١٧٦ - وفقاً للمادة الأولى من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ حين يكون الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى به صادراً بالإلزام للنولة أو أحد الأشخاص الإيجارية المحلية أو المؤسسات العامة بنفع مبلغ مالى محدد ، فإنه يجب أن يؤمر بصرفه خلال أربعة أشهر من اعلان هذا الحكم .

ويتبدى من هذا النص ضرورة توافر عدة شروط لتنفيذ حكم التصفية جبراً : أن يكون حائزاً لقوة الأمر المقضى ، أن يكون المبلغ فيه محدداً ، وأن يكون صادراً فى مواجهة أحد الأشخاص الاعتبارية العامة .

(١) ضرورة أن يكون الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضى به :

١٧٧ - لا يكتفى أن يتمتع حكم التصفية بحجية الشئ المقضى به حتى ينفذ جبراً ، وإنما يلزم أن يكون حائزاً لقوة الأمر المقضى به . وبرغم الفارق الكبير بين المفهومين ، إلا أن جانباً من الفقهاء يخلط بينهما ، فيستعمل احدهما وكأنه مرادف للآخر . فإذا كانت جميع الأحكام الموضوعية - كاصل عام - تحوز حجية الشئ المقضى به ، فإنه لا يحوز قوة الشئ المقضى به منها - وفقاً للمادة ٥٠٠ من تقنين المرافعات المدنية الفرنسية الجديد إلا ما لا يقبل الطعن بأى من طرقه التى توقف التنفيذ ، كالطعن بالإستئناف ، أو يقبل هذا الطعن ولكن انقضى ميعاده دون حدوثه . ولما كان لا يوجد نص إدارى يحدد هذا المفهوم ، فإنه يجرى فى تطبيقه فى هذا النطاق وفقاً لمعناه فى قانون المرافعات باعتبارها مصدراً اجرائياً أساسياً للمرافعات الإدارية فيما لم يرد بشأنه نص ،

وما لايتعارض مع طبيعة المنازعة الإدارية (١) .

ولئن كان وفقا لهذا الشرط يجب أن يحوز حكم التصفية قوة الأمر المقتضى به ، فإن هذا يثير تساؤلا لما يتوجب المشرع حيازة الحكم لهذه القوة دون الحجية ؟ . الأمر مرجعه إلى الأصل الإجرائى فى نطاق المرافعات المدنية الذى يقضى بأن أحكام الإلزام ، ومنها حكم التصفية باعتباره يلزم الإدارة بدفع مبلغ معين ، لايقبل التنفيذ الجبرى إلا إذا كانت حائزة لقوة الأمر المقتضى به ، إذ تقيها تلك القوة من الإلغاء من محكمة الطعن على نحو يصعب معه تقادى آثار ذلك بعد أن تكون قد نفذت فعلا (٢) .

غير أن هذا يمكن الرد عليه بأن قوة الأمر المقتضى به إن كانت تقي الحكم الحائز لها من الإلغاء من محاكم الطعن العادى كالمعارضة والإستئناف ، إلا أنها لا تحول دون الغائها من محكمة الطعن غير العادى . ويحدث ذلك حال الطعن فيها بطرقه غير العادية كالطعن بالإلتماس وبالنفذ . ولعل هذا مادفع بالبعض إلى القول بأن قوة الأمر المقتضى به لا تقتصر وفقا لهذا الشرط على تحقق الحكم من الطعن بطرقه العادية فحسب ، وإنما تمتد إلى استلزام عدم الطعن فيه بالنقض أيضا باعتباره طريقا يمكن أن يترتب عليه إلغاء الحكم المطعون فيه أو على الأقل وقف تنفيذه متى توافرت شروطه .

وتأسيسا على هذا رأى لايقبل حكم التصفية التنفيذ جبرا فى حالات منها : أن يكون صادرا من قاضى الأمور المستعجلة ، إذ لا يحوز هذا الحكم مطلقا قوة الأمر المقتضى به . أو يصدر عن المحاكم الإدارية ، ولكن الطعن فيه يكون قائما أمام قاضى الإستئناف ، أن يكون صادرا عن محكمة الإستئناف الإدارية ومطوعونا فيه بالنقض أمام مجلس الدولة (٣) .

(١) VINCENT (J.) et autres: les justice et ses institutions. Paris. Dalloz. (١)
4^e edition. 1996. P. 798.

(٢) انظر : أ.د. نبيل عمر : الحكم القضائى ... المرجع السابق . ص : ٢٥ .

(٣) VEDEL (G.) et DELVOLLE (P.): op. cit. P. 370.

(٢) وجوب تحديد المبلغ بدقة في حكم التصفية :

١٧٨ - يستوجب المشرع أن يكون المبلغ المحكوم به محددا تحديدا نافيا للجهالة . وهذا يقتضى أمرين : أولهما أن يرد التحديد كاملا لاعتباره نقص ، دقيقا لا غموض فيه . وعلى ذلك لا يجوز أن يأتي الحكم مبينا للمبلغ الأساسي ، ثم يفوته تحديد الفوائد التأخيرية أو القانونية في الحالات التي يتوجب فيها القانون اقترانها بالحكم ^(١) . ولكن لا يحول دون توافر هذا الشرط أن يرد حكم التصفية محددا مبلغها ، ومبينا نصيب كل من الأطراف بالنسب المنوية فحسب ، دون أن يبين ما يقابل هذه النسب من المبلغ الناتج عن التصفية ، لأن معرفة ذلك تكون ميسورة بإجراء عملية حسابية بسيطة ، ولذا فساين وضوح عناصر التحديد لا يثير أية صعوبة أو ينشأ أى نزاع حول تحديد المبلغ الواجب دفعه لكل من الطرفين .

أما الآخر مؤداه أن يرد التحديد في حكم التصفية ذاته ، طالما أنه الحكم المطلوب تنفيذه . فإذا لم يحدد هذا الأخير المبلغ في ذات منطوقه ، وإنما أحال إلى جهة إدارية أو إلى خبير مثلا أو حتى إلى حكم آخر ، أمر تصفيته أو تحديده ، فإن هذا يعنى أنه قد شرطاً جوهريا لتنفيذه جبرا ^(٢) . وهذا على ما يبدو يعود إلى سببين : أن ليكامل مهمة التحديد إلى الإدارة أو إلى خبير قد يثير الخلاف مع المحكوم له حول تقديرهما للمبلغ المطلوب ، إذ قد يساوره الشك فيما قدرته ، فينشأ نزاع جديد يقضى إلى ذات الآثار التي يؤدي إليها غموض التحديد من مشكلات قانونية وعملية حول هذا المبلغ . هذا إلى أن المشرع قصد بهذا النظام أن يكفل الإحترام لأحكام القضاء غير المعرضة بالاطعن للإلغاء أو وقف التنفيذ أو التي انحصمت كل مشكلاتها القانونية . فإذا ما عهد القاضى بمسألة التحديد إلى الإدارة وقامت هي بالفعل بذلك ، فإن

(١) VEDEL (G.): et DELVOLVE (P.): op. cit. P. 731.

(٢) LINOTTE (D.) : Execution des decisions de justice administrative et astringentes en matière administrative. " Loi No. 80-539 du 16 juillet 1980". J.C.P. 1981-1-3011.

تحديدها لا يمكن أن ينسحب عليه ذات الحماية ، لأنها مقترنة أساسا بالتحديد القضائي . لا بالتحديد الإداري حتى ولو كان منسوبا إلى أحد الخبراء . ولذا لا يكون حقيقا بتطبيق هذا النظام ^(١) .

تجلى إذن ماتغيا المشرع من تطلب هذا الشرط إنه دفع للنزاع الذى يمكن أن يثور بين الإدارة والمحكوم له عند المداد ، فلا يطالب ، لعدم التحديد أو غموضه ، هذا الأخير بما لم يقتضيه الحكم ظنا أنه من موجبات تنفيذه ^(٢) . ولا تنتكر الإدارة لما يعد من مستلزمات هذا التنفيذ . تنزعا بغموض قد اعتراه ، فتتدخل بتأويل خاطئ للحكم . وهو إن لم يمثل مماسا محظورا به . فعلى الأقل بفضى بها إلى دفع غير المطلوب ، فيقع الخلاف بينها وبين الطرف الآخر . إن لم يرتب أثرا جسيما ، فإنه فى كل الأحوال سيعوق تنفيذ الحكم . وتلك مشكلة كان المشرع أحرص بإصدار هذا القانون على حلها .

(٣) لزوم صدور الحكم فى مواجهة أحد الأشخاص العامة :

١٧٩ - لكى يمكن تطبيق نظام الدفع الجبرى لمبلغ الغرامة يجب أن يكون حكم التصفية صادرا ضد أحد الأشخاص الاعتبارية العامة ، سواء تمثلت فى الدولة ، أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية الإقليمية ، أو إحدى المؤسسات العامة . ويمتد نطاق هذا النظام أيضا ليشمل الأشخاص الاعتبارية الخاصة المكلفة بإدارة مرفق علم ^(٣) .

وتطبيقا لذلك لا يجوز تنفيذ الحكم الصادر بتصفية غرامة تهديدية ضد أحد أشخاص القانون الخاص ، حتى ولو كان صادرا عن محاكم القضاء الإداري ^(٤) .

J.O. Rapport précite. p. 8. (١)

J.O. Rapport Précite. p. 11. (٢)

C.E 10 fevrier 1992, commun de charbonnières - lés - Varennes. (٣)

Rec: p. 1233. R.D.P. 1993. P. 481.

C.E 24 juillet 1987. M. Brolin. D. 1987. P. 188. (٤)

وقد يتساءل البعض عن السبب في تلك المغايرة في تطبيق هذا النظام ؟. ترجع هذه المغايرة إلى الفلسفة التشريعية التي كانت وراء الأخذ به . ذلك أن الأشخاص الخاصة يمكن إجبارهم على تنفيذ ما يصدر في مواجهتهم من أحكام الإلزام بطرق التنفيذ المعهودة في القانون الخاص ^(١). وطوال تلك الفترة كانت الأشخاص العامة تتمتع بامتياز عدم اتخاذ تنفيذ الأحكام جبرا في مواجهتها . وهذا ولا شك مثل صدعا في مبدأ سيادة القانون ، وخلق نوعا من التمايز بين الشخص العام والخاص . أراد المشرع أن يخفف من حدته ، ليقارب في الخضوع للقانون بين هذا وذلك ، ليفرض على الشخص العام احترام أحكام القضاء الإلزامية بالدفع الجبري للمستحق عليه ، كما يخضع الشخص الخاص للتنفيذ الجبري للوفاء بما عليه . ولذا كان لزاما نزولا على مقتضيات المساواة، وتقديرا لاعتبارات احترام الأحكام ، أن يفرض على الأشخاص العامة تنفيذ الأحكام المالية الصادرة ضدها جبرا .

ثانيا : إجراءات التنفيذ الجبري لحكم التصفية :

١٨٠ - بتوافر الشروط السابقة تبدأ إجراءات الدفع أو التنفيذ الجبري لمبلغ الغرامة المصفاة . وهي إجراءات يمكن تناولها من خلال عدة أفكار :
الدفع خلال مدة معينة مباشرة ، الدفع بناء على طلب ذي الشأن ، وكيفية حل مشكلة التعارض بين وجوب الدفع وعدم كفاية الإعتمادات المالية اللازمة .

(١) الدفع مباشرة خلال مدة معينة :

١٨١ - وفقا للفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ بتوافر الشروط السابقة يجب أن يصدر إن أو أمر بصرف المبلغ المحدد في الحكم خلال أربعة أشهر من اعلان هذا الحكم . وتختلف جهة اصدار هذا الإن أو الأمر تبعا لما إذا كان الحكم صادرا ضد الدولة ، أو إحدى

(١) انظر في هذا الشأن تفصيلا :

VINCENT (J.) et PREVULT (J.) : Voie d'exécution et procedures de distribution . Paris. Dalloz. 6^e edition. 1987.

الأشخاص الاعتبارية الأخرى ، ففي الحالة الأولى يصدر أمر الصرف عن الوزير المختص باعتباره ممثلاً للدولة أمام القضاء . أما في الحالة الأخرى، فإن أذن الصرف يصدره المحاسب المختص .

ويعترض البعض على مدة الأربعة الأشهر ، إذ أنها مدة من الطول بحيث يمكن خلالها تتعثر الإجراءات ، مع ما قد يحدث من اعتراض المحاسب المختص على الدفع . حقا أنه من النادر حدوث ذلك ، ولكنه أمر ممكن الحدوث خاصة حال عدم وجود اعتمادات كافية . إن القانون وقد قصد سداد المبلغ المحكوم به في أسرع وقت ، قد قلل من هذه الميزة بإغراق طريقة الدفع بإجراءات يقوم بها موظفون إداريون لإصدار أوامر الصرف . قد يدفعهم سوء القصد إلى إعاقتها . ولذا كان من المفروض أن يكون النص على دفع المبلغ فور الإعلان بالحكم ، دون انتظار مدة أربعة أشهر لإصدار الإنذار بصرفه ^(١).

ويبدو أن إسناد مهمة إصدار هذه الأذون الصرف إلى موظف إداري كانت مثار اعتراض بعض النواب في الجمعية الوطنية حال مناقشة مشروع هذا القانون ، بل إن مقرر لجنة القوانين بالجمعية تبنى اقتراحا مؤداه جعل هذه المسألة من اختصاص القضاء . وكانت فائدة هذا الاقتراح تتبلور في أمرين : اعفاء المحكوم له من شرط المدة الذي كان يلزمه بالانتظار خلالها للحصول على المبلغ المحكوم به . وعدم خضوعه لموظف إداري يتمتع في رفض الدفع بسلطة واسعة لم يكن القاضي الإداري يقبل أن ييسر رقابته عليه في شأنها حيناً طويلاً ^(٢) .

وتحقيقاً لتلك الاعتبارات أضيفت إلى مشروع هذا القانون مادة جديدة - كانت بديلاً عن المادة الأولى محل هذه الدراسة - كان نصها على أنه يكون للدائن - أي المحكوم له - حالة حصوله على حكم قضائي مشمول بالنفذ ،

LINOTTE (D.) : op. cit. P.

(١)

GREVISSE (M.): conclusions sur C.E 5 février 1971, Ministre de l'économie et des finances c/ Balme. Rec: p. 105.

(٢)

يلزم الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية الأخرى ، أو المؤسسات العامة . بدفع مبلغ محدد فى منطوقه ، أن يستوفى هذا المبلغ مباشرة بمجرد تقديم صورة رسمية من الحكم مشمولة بالصيغة التنفيذية إلى المحاسب المختص بالخرانة العامة (١) .

غير أن الحكومة اعترضت على هذا الاقتراح ، وقدم وزير العدل جملة من الأسباب التى تؤيد هذا الاعتراض ، بعضها يتناوله من الناحية النظرية ، والآخر يتصل بناحيته العملية . فمن الناحية النظرية يعلن الوزير أن النص المقترح يمثل اعتداء على الدستور من جهتين : فهو من جهة يتعارض مع قواعد توزيع الاختصاص بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية . إذ أن المشرع يتدخل به فى شأن هو من اختصاص السلطة التنفيذية ، ذلك لأن تنظيم المصروفات العامة ، وما يتعلق بها مما يدخل من الناحية التنظيمية فى نطاق اللاتحى . وهو من جهة أخرى يعهد للقاضى بسلطة إصدار أوامر صرف مايدخل فى نطاق المصروفات العامة التى تعد من الاختصاص الأميل للسلطات الإدارية تمارسه فى حدود القوانين واللوائح . ومن هنا فإن النص المقترح يخالف مبدأ فصل السلطات الذى يعد واحدا من أهم المبادئ الدستورية (٢) .

BON (P.): op. cit. P. 26.

(١)

(٢) وفى الرد على تلك الحجة قال مقرر القانون أنه وفقا للمادة ٣٤ من دستور ١٩٥٨ للمشرع الاختصاص الإستثنائى بتقرير وتنظيم الضمانات الأساسية لممارسة حقوق المواطن وحرياته . ولعل من أهم تلك الحقوق التى تدخل فى نطاق القانون لا اللاتحة حق المواطن فى الحصول على ماحكم له به . هذا الحق الذى يقتضى أنه إذا حصل فى مواجهة الدولة أو أحد الأشخاص العامة الأخرى على حكم بدفع مبلغ معين أن يستوفيه بأيسر السبل . ولذا فإنه حين يعترف له النص المقترح بحق استيفاء هذا المبلغ بمجرد تقديم صورة رسمية من الحكم إلى المحاسب المختص ، فإن معنى ذلك أنه يكفل له ضمانات أساسية لايمكن أن تنكره ثم يعلن أنه لا يوجد أى اعتداء على مبدأ فصل السلطات . وإنما الاعتداء الحقيقى يتجلى فى رفض السلطة التنفيذية الإنماتل لأحكام القضاء .

أما من الناحية العملية فيقدم الوزير عدة أسباب لرفض الاقتراح نجسرى منها ما قيل بأن : القاضى لا يستطيع أن يقوم بمهمة إصدار إذن صرف المبالغ المستحقة على الدولة كنفقات عامة ، لأن تلك المهمة تحتاج إلى اجراءات مالية فنية ، يقوم بها محاسبون متخصصون ، ترتبط اساسا باصول وخصوم ميزانية الجهة المحكوم عليها ، والعلم بمدى وجود اعتمادات مالية كافية ، وكيفية اجراء الخصم من حساباتها بشكل يستلزمه تخريج المبلغ المحكوم به . وتلك مهمة لا يقدر عليها القاضى لاسيما وأنها تختلف باختلاف الزورات وتتفاوت من مرفق علم لأخر . ثم يقول دعونا أيها السادة نتساءل كيف ، إذا قدر لهذا الاقتراح أن يطبق ، يمكن أن نقادى دفع المبلغ المحكوم به أكثر من مرة، إذا كان كل ما يتطلبه النص المقترح مجرد تقديم صورة رسمية من الحكم للمحاسب المختص ! ألا يبحث هذا على التعايل ، والغش وتحدد دفع المبلغ المحكوم به لمرات عديدة ؟! . ومن جهة ثالثة لن النص المقترح لا تخفى خطورته بالنسبة للمحاسبين لدى الأشخاص الاعتبارية المحلية ، وذلك لأنه إذا كانت الدولة لديها اعتمادات مالية تقديرية تدفع منها المحكوم به عليها من النفقات القضائية (مصاريف قضائية ، أو أحكام مالية) ، فإن الأشخاص الاعتبارية المحلية لاتملك هذه الإعتمادات . ولذا فإن أولئك المحاسبين سيقعون لأمحالة تحت ملئلة القانون إذا أخذ بالنص المقترح . وذلك لأنه فى حالة عدم وجود اعتمادات كافية لدى هذه الجهات ، لا يخرج موقف المحاسب عن أحد أمرين : إما أنه سيجطره لنص المقترح - فى حالة الأخذ به - إلى الدفع، وهنا سيتعرض للمساءلة القانونية أمام المحكمة التأديبية للمخالفات المالية، لسبب أنه دفع حال عدم وجود اعتماد كاف . وإما يمتنع عن الدفع ، وفى هذه الحالة أيضا ستوقع عليه عقوبة الغرامة المقترحة فى هذا القانون لامتناعه عن تنفيذ حكم قضائى ^(١) . لكل هذه الأسباب تم رفض الاقتراح وصدر القانون بنص المادة الأولى على ماهى عليه الآن .

BON (P.) : op. cit. P. 27-28.

BON (P.): op. cit. P. 27.

(١)

(٢) الدفع بناء على طلب المحكوم له :

١٨٢ - إذا لم يتم سداد المبلغ المحكوم به خلال الأشهر الأربعة من اعلان الحكم ، فإن الدفع الإجبارى سيتم وفق اجراءات تختلف تبعاً لما إذا كان الحكم صادراً فى مواجهة الدولة أم ضد غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة.

ففى حالة ما إذا كان الحكم صادراً فى مواجهة الدولة يكون على المحكوم له التقدم بطلب إلى المحاسب المكلف بدفع المبالغ المستحقة ، مقترناً بصورة من الحكم . فى هذه الحالة إذا كان هو المختص فعلاً فإنه يقوم بدفع المبلغ المستحق على الفور ، أما إذا كان المحكوم له قد أخطأ وقدم الطلب لآخر غير مختص ، فإنه يكون على هذا الأخير إحالة الطلب مباشرة إلى المختص ، مع اخطار المحكوم له بهذا الأمر . ونلاحظ فى تلك الحالة أن الدفع يكون فوراً دون اجراءات أوامر الصرف ، هذا إلى أن المسئول عن الدفع لاسلطة تقديرية له فى قبول أو رفض السداد ، وإنما هو ملزم بالدفع^(١) . ولعل هذا مادفع البعض إلى القول بأن المحكوم له ، حتى يتخطى عقبات أوامر الصرف يمكنه أن يلجأ بعد مضي أربعة اشهر من اعلان الحكم مباشرة إلى المحاسب المختص للحصول على المبلغ المحكوم به^(٢) .

أما فى حالة الأحكام الصادرة فى مواجهة الأشخاص الاعتبارية الأخرى ، فإنه وفقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ ، إذا لم تصدر أوامر بالصرف خلال مدة الأربعة الأشهر التالية لإعلان الحكم ، فإنه يكون على السلطة الوصائية لتلك الأشخاص ، ممثلة فى المحافظين ، أن تقوم بإصدار أمر صرف للمبلغ المستحق^(٣) . وعلى نحو ما يبدو أن هذه السلطة لاتملك تقدير النفع من عدمه ، وإنما هى ملزمة فى جميع الأحوال بإصدار أمر

(١) VEDEL(G.): et DELVOLVE (P.) op. cit. P. 735.

(٢) BON (P.) : op. cit. P. 29.

(٣) VINCENT (J.) et autres : la justice Op. cit. P. 799.

الصرف^(١) . ولكن إذا رفضت إصداره فإنها تكون بذلك قد امتنعت عن تنفيذ حكم قضائي مما يمثل تصرفا مخالفا للقانون يمكن لدى الشأن أن يطعن عليه بالإلغاء^(٢) . كما أنه يرتب مسؤولية للدولة المدنية على نحو يمكنه أيضا من أن يقيم دعوى تعويض عما لحقه من اضرار نتيجة عدم تنفيذ الحكم بالإمتناع عن إصدار أمر الصرف^(٣) .

(٣) مشكلة عدم كفاية الإعتمادات المالية :

١٨٣ - أن نمة تساؤلا جديرا بالطرح في هذا المقام إذا كانت الإدارة ملزمة بالدفع شاعت أم ابت ، فماذا لو لم توجد لديها اعتمادات مالية كافية لمداد المستحق عليها ؟ هل لها أن تمتنع عن الدفع تحت هذه الضرورة ، أم أن هذا لايعفيها من وجوب الدفع خلال الأشهر الأربعة أو بمجرد تقديم الحكم بعد مضيتها ؟ .

يفترق الحل الذي أتى به قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ تبعا لما إذا كان الحكم صادرا في مواجهة الدولة ، أم الأشخاص العامة الأخرى .

فبالنسبة للحالة الأولى تمتد مدة الأربعة الأشهر التي يجب تنفيذ الحكم خلالها إلى ستة أشهر حتى يتم توفير الموارد اللازمة لدعم الإعتمادات المخصصة لتنفيذ الأحكام . وهذا معناه أن محاسب الدولة المختص يترك له مدة شهرين ليوفر خلالها الموارد اللازمة . فإذا مضت تلك المدة ، فإنه وفقا للفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ يلتزم المحاسب المختص بدفع المبلغ المستحق بناء على طلب المحكوم له ، أو بمجرد اطلاعه على الحكم^(٤) .

(١) RIVERO (J.) et WALINE (J.): op. cit. P. 196.

(٢) C.E 23 mars 1984, organisme de gestion des ecoles catholiques de coueron. R.D.P. 1984. P. 1125. Note: Auby.

(٣) BON (P.): op. cit. P. 30.

(٤) CHAPUS (R.): op. cit. P. 913.

أما بخصوص الأحكام الصادرة في مواجهة الأشخاص الاعتبارية الأخرى ، فإنه وفقا لذات النص ، يكون على السلطة الوصائية أن توجه انذارا إلى الشخص الاعتباري المعنى بضرورة توفير الموارد الضرورية لتنفيذ الحكم، فإن لم يستطع توفيرها خلال شهرين من انذاره بتوفيرها ، يكون على السلطة الوصائية أن تصدر أمرا بصرف المبلغ المطلوب ، أى أنها فى هذه الحالة تقديرا للموقف المالى المتعسر للشخص الاعتباري تحل محله فى السداد حتى لايرتب امتناعها مسئولية الدولة المدنية للإمتناع عن تنفيذ حكم قضائى وفقا للقواعد العامة ^(١) .

الفرع الثانى

المسئولية المالية للموظف الممتنع عن التنفيذ

تمهيد :

١٨٤ - لائى بتلك المسئولية هنا المسئولية عن الخطأ الشخصى التى تنظمها القواعد العامة فى شأن دعوى التعويض ، وإنما نعى تلك المسئولية التى أتى بها قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ لأول مرة لتدعيم فاعلية ملومضعه من أحكام بشأن فرض احترام أحكام القضاء على رجال الإدارة . ذلك أنه إذا كانت الغرامة التهديدية تمثل جزاء ينال من الشخص الاعتباري فى ذمته المالية ، وإذا كان الشخص الاعتباري لطبيعته لا إرادة واعية له تنفذ أو ترفض التنفيذ ، وإنما ذلك بإرادة ممثليه من الأشخاص الطبيعيين ، فقد كان لزاما لضمان فاعلية هذا القانون فى أداء هدفه أن ينال منهم ، كما نال منه ، وأن يعرضهم للعقاب كما كانوا سببا بامتناعهم أو بإهمالهم فى إنزال جزاء الغرامة به ^(٢) .

(١) C.E. 29 avril 1987. Ministre de l'interieur. R.F.D. Ad. 1987. P. 989.

Concl: Roux.

(٢) VINCENT (J.) et autres: la justice Op. cit. P. 803.

ربما تتحد تلك المسؤولية مع المسؤولية التقليدية للموظف فى لزوم ثبوت الخطأ فى جانبهِ ، ولكنها تختلف عنها فى نواح عديدة . من أبرزها القاضى والعقوبة ، أما القاضى فليس هو القاضى الإدارى ، وإنما تمثله المحكمة التأديبية الخاصة بالفصل فى المخالفات المالية ومخالفات الميزانية . وأما العقوبة ، ففى غير التعويض ، وإنما هى جزاء حثائى يتمثل فى الغرامة المالية . نرى إذن الحالات التى تتحرك فيها تلك المسؤولية ، والإجراءات التى تتبع فى شأنها .

أولاً : حالات المسؤولية المالية للموظف :

١٨٥ - هناك حالتان تتحرك فيهما هذه المسؤولية ، يجمع بينهما صفة مشتركة هى ارتباطها بتنفيذ الأحكام الصادرة فى مواجهة الأشخاص الاعتبارية العامة . أولهما الإخلال بتنفيذ الحكم الأصلى ، أى الذى أفضى عدم تنفيذه إلى صدور الحكم بالغرامة التهديدية ، والأخرى عدم تنفيذ حكم التصفية (أو الأحكام المالية بشكل عام)^(١).

(١) حالة الإخلال بتنفيذ الحكم الأصلى :

١٨٦ - على نحو ما نصت المادة السابعة من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ معدلاً بقانون ٢٩ يناير ١٩٩٣ ، كل موظف يتسبب بتصرفه ، فى الحكم على أحد أشخاص القانون العام بغرامة تهديدية ، بسبب عدم التنفيذ الكلى أو الجزئى أو التنفيذ المتأخر لحكم قضائى يعاقب بغرامة ٥٠٠٠ فرنك ، أو اجمالى راتبه السنوى إذا كان يتجاوز ٥٠٠٠ فرنك ، مقدراً يوم امتناعه عن تنفيذ الحكم الذى كان يجب تنفيذه .

(١) أثّرنا أن نطلق عليها المسؤولية المالية للموظف تمييزاً لها عن غيرها من المسؤوليات التى تثور فى شأن الموظف كالمسؤولية الجنائية أو التأديبية من جهة . ونظراً لما يترتب على تصرف الموظف الذى كان سبباً فى انثارها من آثار مالية جسيمة بالنسبة للشخص الاعتبارى العام .

ويتبدى من النص من جهة أن جميع تصرفات الموظف التى تقضى إلى الحكم على الشخص العام بغرامة تهديدية ، توجب اثاره مسئوليته أمام تلك المحكمة التأديبية ^(١) . يستوى فى هذا الشأن أن يكون تصرفه عمديا أم غير عمدى ، إذ لايشترط هنا توافر القصد لديه فى الإخلال بتنفيذ الحكم ، وإنما يكون مسئولا حتى ولو ترتب على اهماله الحكم بالغرامة التهديدية .

ومن جهة أخرى لايتقيد تصرف الموظف من حيث اثارته للمسئولية بأثر محدد فى تنفيذ الحكم الأساسى ، فسواء ترتب عليه عدم تنفيذ هذا الحكم كاملا أو جزئيا ، أو أفضى إلى تنفيذه متأخرا ، فإنه يرتب هذه المسئولية . إذ لايفرق فى الأترابين هذه الأمور الثلاثة ، لأن النتيجة واحدة فى النهاية . وهى الإخلال بالتنفيذ المفضى إلى الحكم بالغرامة التهديدية . ولذلك رفض مجلس الشيوخ الفرنسى مشروع الحكومة لهذا النص الذى كان يقصر ترتيب هذه المسئولية فى حالة واحدة هى أنه يترتب على تصرف الموظف تأخير التنفيذ ^(٢) ليستغرق كل حالات الإخلال بالتنفيذ ، لأن العبرة فى ترتيب المسئولية ، كما قلنا ، ليست بنوع التصرف ، وإنما بالأثر الذى يحدثه فى الحكم بالغرامة ضد الشخص العام . وطالما أن كل حالات الإخلال بالتنفيذ لها ذات الأثر ، فإن هذا معناه اثاره المسئولية فى جميع تلك الحالات .

وأخيرا لانتوقف مسئولية الموظف وفقا لهذه الحالة على الحالة التى يصدر فيها حكم الغرامة على الشخص العام من مجلس الدولة وفقا للمادة الثانية من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ ، على نحو ماصدر عليه هذا النص . وإنما تمتد لتشمل أيضا الحالات التى يصدر فيها حكم الغرامة من المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية وفقا لقانون ٨ فبراير ١٩٩٥ . كما تشمل أيضا تلك التى يكون هذا الحكم صادرا من محاكم القضاء العادى ضد أحد الأشخاص

FABRE (J.): la cour de discipline budgétaire et financier. R. Ad. (١)
1970. P. 429 et ss.

BON (P.): op. cit. P. 50.

(٢)

الإعتبارية العامة أو الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عام ، وذلك فى الحالات التى
ينعقد لها الإختصاص بالفصل فى المنازعات الإدارية ^(١) .

(٢) حالة الإمتناع عن تنفيذ حكم التصفية :

١٨٧ - مثار المسؤولية فى هذه الحالة مخالفة نصوص المادة الأولى
من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ التى تتعلق بتنفيذ الأشخاص الإعتبارية العامة
للأحكام المالية التى تصدر فى مواجهتها . فإذا تسبب الموظف بتصرفه فى
تعطيل تنفيذ هذه الأحكام بصفة عامة ، أو أحكام تصفية الغرامة التهديدية بوجه
خاص ، فى هذه الحالة تثور مسئوليته أمام المحكمة التأديبية للمخالفات المالية.

ومن خلال هذا النص يبدو أن الإمتناع عن تنفيذ أحكام التصفية الموجب
لتحريك مسؤولية الموظف يأخذ أحد شكلين : امتناع الموظف المختص عن
إصدار إذن الصرف اللازم لتنفيذ الحكم خلال مدة الأربعة الأشهر التالية
لإعلان هذا الحكم ، أو فى مدة أقصاها ستة أشهر من هذا الميعاد حالة عدم
توافر الإعتمادات المالية اللازمة للتنفيذ . والآخر رفض السلطة الوصائية
إصدار أمر الصرف بدلا من الشخص العام الخاضع لوصايتها ، حالة عدم
توافر اعتمادات مالية لديه تكفى لتنفيذ حكم التصفية ^(٢) .

وتكون العقوبة على ارتكاب أى من هاتين المخالفتين ، وفقا للمادة ٥ من
قانون ٢٥ سبتمبر ١٩٤٨ بشأن المحكمة التأديبية للمخالفات المالية ، معدلا
بقانونى ٢٩ يناير ١٩٩٣ و ٢٤ يوليو ١٩٩٥ ، هى غرامة ٥٠٠٠ فرنك أو
إجمالى الراتب السنوى للموظف المسئول عن ارتكابه مخالفة عدم التنفيذ ، إذا
كان يتجاوز هذا المبلغ مقدرا يوم ارتكابه هذه المخالفة . ولايحول توقيع هذا
الجزاء على الموظف دون توقيع جزاء جنائى عليه عن ذات المخالفة ، فلا يعد
هذا ازدواجية فى العقاب محظورة قانونا ، أو إخلالا بمبدأ عدم العقاب عن فعل

BERRE (L.): les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire ^(١)
à l'égard de L'Administration. A.J. 1972. P. 14.

BON (P.) : op. cit. P. 49.

(٢)

واحد أكثر من مرة لأن المحظور وفقاً لهذا المبدأ تعدد العقوبات التى تنتمى إلى نظام قانونى واحد ، كأن تتعدد العقوبات الجنائية أو الجزاءات الإدارية عن ذات الفعل . أما إذا كان كل جزاء ينتمى إلى نظام قانونى مستقل ، فإن التعدد حائزاً يكون جائزاً^(١) . وأخيراً تنشر أحكام الإدانة التى توقعها هذه المحكمة بالجريدة الرسمية .

ثانياً : إجراءات المسؤولية المالية للموظف :

١٨٨ - فضلاً عن الإجراءات التى تنظمها للقواعد العامة ، هناك بعض الإجراءات تستوجب خصوصيتها التعرض لها ، بعضها يتعلق بكيفية إثارة هذه المسؤولية المالية للموظف ، وبعضها الآخر يرتبط بتحديد النطاق الشخصى لها .

(١) كيفية تحريك المسؤولية المالية للموظف :

١٨٩ - تتحرك مسؤولية الموظف أمام المحكمة التأديبية للمخالفات المالية وهى محكمة تشكل من ستة أعضاء ، يتم تعيينهم لمدة خمس سنوات . وهم الرئيس الأول لمحكمة المحاسبات رئيساً ، واثنان من أعضاء محكمة المحاسبات ، وثلاثة أعضاء من مجلس الدولة . ومقرها محكمة المحاسبات . ويوجد لها مدعى عام يمثل المدعى العام لدى محكمة المحاسبات . ولقد أنشأت لكفالة احترام قانون الميزانية أو القانون المالى ، وكفالة المشروعية المالية^(٢) . والأحكام الصادرة من هذه المحكمة يطعن فيها بالنقض أمام مجلس الدولة باعتبارها من إحدى جهات القضاء الإدارى المتخصص^(٣) .

ولكن كيف تتصل المحكمة بالمنازعة التى تنور عنها مسؤولية الموظف ؟ الأمر يختلف تبعاً لما إذا كانت المخالفة التى ارتكبها الموظف هى الإخلال بتنفيذ حكم افضى إلى الحكم على الشخص العام بغرامة تهديدية ، أم إذا كانت

(١) C.C. 17 janvier 1989. R.F.D. Ad. 1989. P. 215.

C.C. 28 juillet 1989. Rec. c.c. p. 365.

VINCENT (J.) et autres: la justice.... Op. cit. P. 463. (٢)

VEDEL (G.) et DELVOLLE (P.): op. cit. P. 650. (٣)

مخالفة الإمتناع عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم التصفية (أو حكم مالى) . ففي الحالة الأولى تتحرك المسؤولية عن طريق القاضى الذى حكم بتصفية الغرامة .

إن لايجوز للمحكوم له أن يبائس الإجراءات أمام المحكمة من تلقاء نفسه، وإنما يكون لمجلس الدولة ، وفقا للمادة ٦ من قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ ، أن يرسل نسخة من الحكم الصادر منه بتصفية الغرامة التهديدية إلى المدعى العام لدى هذه المحكمة لاتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاكمة الموظف المسئول ^(١) . وذات الإجراء نصت عليه المادة ٢٢٢-٤ من تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية التى ألزمت هذه المحاكم بإرسال نسخة من حكم التصفية الصادر عنها إلى المدعى العام لدى المحكمة للتأديبية للمخالفات المالية .

أما تحريك المسؤولية فى الحالة الثانية فهى تتم من خلال المحكوم له الذى يودع طلبا لدى أمانة المحكمة بقصد اتخاذ اجراءات محاكمة الموظف الممتنع عن القيام بما يلزم لتنفيذ الحكم المالى الصادر ضد الشخص العام ^(٢) .

(٢) التظلى الشخصى للمسؤولية المالية :

١٩٠ - حين تقرر هذا النظام بصور قانون المحكمة التأديبية للمخالفات المالية عام ١٩٤٨ كان مقصورا على صغار موظفى الدولة مسن المحاسبين الذين يترتب على أخطائهم أضرار مالية الدولة . وحتى صدور قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ كان نطاق تطبيق هذه المسؤولية محدودا ، إذ كان يعفى من الخضوع لها الوزراء ، والعمد ، والمحافظون ، وأعضاء المجالس المحلية ، وطوائف عديدة، كانت تمثل مركز النقل فى التأثير على تنفيذ الأحكام القضائية. إذ هى فى الحقيقة الجهة المقررة للإمتناع عن التنفيذ أو تأخيرها وما صغار

^(١) C.E 6 janvier 1995. Soulat A.J. 1995. p. 157. Concl: Denis-Linton.

^(٢) CHABANOL (D.): la pratique du contentieux administratif devant les Trilunmx administratifs et les cours administratives d'appel. Paris. Litec. 2^e edition. 1992. P. 217.

الموظفين إلا أداة لتنفيذ هذه الأوامر فحسب (١) .

وعلى اثر الإنتقادات الفقهية لهذا التمييز البغيض ، بدأ المشرع يوسع من نطاق المسؤولية المالية ، ويقلل من الفئات المعفاء من الخضوع له . حتى صدر قانون ٢٩ يناير ١٩٩٣ الذى أجاز مسؤولية العمدة والمحافظين وأعضاء المجالس البلدية المنتخبين ، إذا ثبت أن تصرفهم كان سببا فى الحكم على الشخص الاعتبارى العام بغرامة تهديدية (٢) .

ولم يبق حتى الآن إلا أعضاء الحكومة الذين لا تقرر مسؤوليتهم أمام تلك المحكمة حتى ولو ثبت فعلا أنهم وراء عدم تنفيذ الأحكام (٣) .

VEDEL (G.) et DELVOLLE (P.): op. cit. P. 736. (١)

BOUDINE (J.): la responsabilité direct élus locaux devant la cour de discipline budgétaire et financière. L.P.A. 13 août 1993. P. 7 et ss. (٢)

CHAPUS (R.): Droit administratif Général. Paris. Mont chrestien. (٣)
11^e édition. 1997. T. 1. P. 735.

TERCINE (J): vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration? A.J. 1981. P. 3.

الخاتمة

١٩١ - ظل القاضى الإدارى حيناً من الدهر مجرداً من سبيل فاعله
نضمن تنفيذ أحكامه . ومكث غير قليل عاجزاً عن أن يحدث فى الواقع جل
مايرجو المتقاضى من آثارها . فهو يقضى ، والإدارة تتمارى فى تنفيذ حكمه ،
تمتنع حيناً وتماطل حيناً آخر . تعتصم بمبادئ إن لم نشك فى نبيل أهدافها ،
يستبد بنا الربى فى قدرتها على تحقيقها . ومنذ مطلع هذا القرن والفقهاء يلهث
وراء مجلس الدولة بحجج تناهت قوة وإقناعاً يستحثه على التحول عنها ،
لتتطلق رقابته إلى آفاق ترجوها دولة سيادة للقانون . ويأبى مجلس الدولة إلا
أن يأخذ المشرع هذه المرة المبادرة ، وبالفعل صدر قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠
ليطارد الإدارة بغرامة تهديدية توقع فى حالات ثلاث : عدم التنفيذ الكلى للحكم،
أو تنفيذه جزئياً ، أو تنفيذه متأخراً ، ويعدل القانون مرات عديدة كان آخرها فى
٨ فبراير ١٩٩٥ بقانون أحدث اصلاحاً قضائياً غير مشهود استكمل للقاضى
الإدارى به سلطانه تجاه الإدارة ، ليطن عن مولد مرحلة جديدة فى نطاق
المرافعات الإدارية عامة ، وتنفيذ الأحكام بوجه خاص (١) .

تجسدت فى قانون الغرامة رؤى المشرع الفرنسى لدور القاضى الإدارى
للمعاصر فى تحقيق صياغة جديدة لدولة القانون ، صياغة يدخل بها إلى القرن
الجديد ، غير متقل بتوجيهات وتقيود امتيازات الإدارة ، صياغة تمثل إرغاصات
تبشر بميلاد مبدأ جديد (لا امتياز للإدارة) ! صياغة تعكس عدداً من
التشريعات يتفشاها التطور المتلاحق فى مظاهر رب يوما تضع أنقالها بما
لا عهد للقانونيين به ، فتسقط من حصون الإدارة مامل سياجا حالت سنينا عدداً
دون أن يلج القاضى الفرنسى دون غيره محارمها (٢) .

(١) FOMBEDUR(P.) et RAYMOUD(F.): chronique générale de jurisprudence administrative française. A.J. 1999. P. 554.

(٢) MOUZOURAKI (P.): la modification du code des tribunaux administratifs en Allemagne fédérale. R.F.D. Ad. 1999. P. 150.

حقاً أن الخطاب القانوني لتشريع الغرامة يعكس تصوراً راتعاً لمنظومة ثلاثية في نطاق تنفيذ الأحكام : القاضى ، الإدارة ، المتقاضى . فالقاضى لم يعد دوره يتوقف عند سلطة الحكم فى الدعوى فحسب ، وإنما تجاوزه إلى نطاق التنفيذ أيضاً . وصارت له كالتقاضى العادى ، أدواته التى تفعل تأثيره لهذا الدور أيضاً . ولعل هذا يفسر مايقوله بعض الفاقهين تعليقا بأن : قانون الغرامة نقل عدالة القاضى الإدارى من نطاقها النظرى إلى آفاق التطبيق الفعلى ^(١) . أما الإدارة فتتجرد من جانب من امتيازاتها لتتقف مع المتقاضى أمام القاضى الإدارى سواء بسواء ، لا فى نطاق مرحلة الحكم فحسب ، وإنما أيضاً فى رحاب التنفيذ خاضعة لذات التهديدات المالية التى يخضع لها الأفراد العاصيون حال الفصل فى دعواهم أمام القاضى العادى . بل وتؤمر بأن تثنى تصرفاً أو تمتنع عن غيره مما يستوجبه تنفيذ حكمه . والمتقاضى امن واطمأن بعد خوف ورهب من حصوله على حكم يصعب عليه تنفيذه ، فقد نشأ له حق جديد بمقدم هذا القانون هو حقه فى عدالة سريعة وفعالة تكفل الغرامة ممارسته .

وقد يقال أن الإدارة قد لآثرهها الغرامة ، إذ تفعل كما يحدث فى دعوى التعويض ، فتؤثر أن تدفع عن أن تنفذ . وهذا القول مردود عليه بأمرين : أولهما أن الغرامة تظل فى تزايد مستمر تبعاً لمضى الوحدات الزمنية التى تمتنع خلالها الإدارة عن التنفيذ حتى ترضخ وتسلم به تسليماً . ولذا نراها تضطر إليه مجبرة عليه ، وإلا لن تتحمل ميزانيتها هذا العبء المالى المتراد حيناً بعد حين . على نحو ما بينا على مدار البحث . وهذا على خلاف التعويض الذى لايعود أن يكون دفع مبلغ يحدده القاضى جملة واحدة تبعاً لرؤيته لقدر ما أصاب ذو الشأن من ضرر نتيجة لعدم التنفيذ . وتلك مسألة كما نلنا يعيها القصور فى حمل الإدارة على التنفيذ . إذ أنها بالتعويض وهو غالباً ما يكون زهيداً تدفع ثمن عدم تنفيذ الحكم . وهذا أقصى ما يحققه من أثر ، إذ أنه إذ أقبل

MARION (A.): Du mauvais fondement de la juridiction (١)
administrative et de quelques moyens d'y remédier. R.P. 1988. No
46. P. 33.

المحكوم له نسبيا ، فإنه يضحى بمبدأ المشروعية ، لأن معناه أن الإدارة تحللت من الخضوع له بما دفعت . غير الغرامة التي خيارات الإدارة فيها محصورة بين اثنين : تنفيذ ونفع ، أم تنفيذ بلا دفع . هذا إلى أن المشرع فى قانون الغرامة قرر مسؤولية الموظف الممتنع عن التنفيذ أيضا مسؤولية غير متقيدة بقواعد الخطأ الشخصى المعروفة فى القانون الإدارى ، وليس أيضا أمام القاضى الإدارى الذى تعدد معايير له لثبوت تلك المسؤولية أفضى إلى أن حكمه بتقريرها يعد من أبلغ الأمور صعوبة ، وإنما أمام محكمة للتأديب الخاصة بالمخالفات المالية ومخالفات الميزانية العامة . ولعل ما يؤكد فاعلية الغرامة على هذا النحو فى تحقيق آثارها المرجوة أن نسبة عدم تنفيذ الأحكام الإدارية أضحت قليلة جدا عن فترة ما قبل صدور هذا القانون ^(١) . وهو ذاته ما يفسره على الجانب النظرى بأن عدد طلبات الغرامة التى تقدم بها المحكوم لهم إلى مجلس الدولة كانت أغلبها يحكم فيها بالرفض أو عدم القبول ، وذلك كان مرجعه رهبة الإدارة من الغرامة التى يقضى بها إلى أن تهرع إلى تنفيذ الحكم قبل أن يفصل قاضى الغرامة فيها . وهذا يؤكد أن تهديدها فى ذاته يكفى ، وله مجرد التلويح بالحكم بها يؤتى أثرها ^(٢) .

ويضيف بعض الفقهاء إلى ذلك قولا : ... أن هذا لا يرجع - يقصد قلة أحكام الغرامة - إلى ما يديده مجلس الدولة من حرص فى تطبيق نظام الغرامة ، وإنما يعود إلى نجاح هذه النظام فى إحداث أثره ، بما ولده من رهبة لدى الإدارة من الحكم عليها بغرامة تهديدية إذا لم تمثل طاعة لأحكام القاضى الإدارى ^(٣) .

وعلى قدر أهمية تلك الآثار لقانون الغرامة إلا أنه كان عرضة لبعض الانتقادات التى يمكن أن نوجزها فى ثلاثة :

(١) Rapport public du cinseil d'Etat 1999. E.D.C.E. No: 50 p. 149:159.

(٢) COSTA (J.P.): op. cit. P. 230.

LONG (E.) et DELVOLVE (P.): op. cit. P. 710.

(٣) VEDEL (G.) et DELVOLVE (P.): op. cit. P. 385.

(١) السلطة التقديرية لقاضي الغرامة :

١٩٢ - يرى بعض الكتّاب أن قاضي الغرامة يتمتع بسلطة تقديرية متعددة المظاهر من أبرزها حريته في الحكم أو عدم الحكم بالغرامة . بل إن اعتداده بمفهوم موسع لمصلحة العامة أو المصالح العليا أدى به إلى رفض الحكم بها في حالات عديدة كانت تستوجب ضرورة خضوع الإدارة للتهديد المالي . هذا يعني أن القاضي يضيء شرعية على عدم تنفيذ أحكام القضاء ، أو يجعل نسوء نية الإدارة مسوغا من القانون . بل إنه فضلا عن ذلك يعطى الإدارة مهلة من الوقت تتراوح من شهر إلى شهرين بعد إعلان الحكم بزعم منح الإدارة فرصة أخيرة لتنفيذ الحكم . وهذه المهلة لا تعني سوى استمرار الإهمال وسوء نية الإدارة في عدم التنفيذ ، والضغط على ذي الشأن أن ينتظر وقتا آخر لتنفيذ حكمه . والأوفق تحقيقا لمقتضيات العدالة أن يلزم القاضي الإدارة بالتنفيذ شبه الحال والمباشر للحكم ^(١) .

حقا أن قاضي الغرامة يتمتع بسلطة تقدير الحكم بالغرامة من عدمه . بل له أيضا ألا يحكم بها حتى في حالات عدم التنفيذ المشهود . ولكن هذا لا يقلل من فاعلية القانون ، ولا يكون مدعاة للتدح في قدرته على ترتيب آثاره . وذلك لأن الغرامة ، اعتدادا بهدفها ، تحتاج إلى كثير من سلطة التقدير في الحكم أو عدم الحكم بها . إنها وسيلة غايتها حمل الإدارة على تنفيذ الحكم ، ومتى تحقق هذا الأثر فلا يكون هناك حاجة إلى الحكم بها . بل في بعض الحالات يكون لعدم التنفيذ من الأسباب ما يتفق معه مبررات للغرامة . وحالئذ لا يجد القاضي مناصا من رفض طلب الحكم بها . ولأن حالات عدم التنفيذ عديدة ، ولا يمكن للمشرع أن يضمنها في نصوص معدودة . أو يضع معايير دقيقة للفرقة بين عدم التنفيذ المؤثم ، وغيره الذي ترتفع عنه درجة التأثيم بكان لا مندرج عن أن يترك لقاضيه سلطة تقدير ذلك شعا لكل حالة . وما أحاط بها من ظروف .

(١) DAHER (A.): la faille de facto de la loi sur les astreintes administratives. R. Ad. 1992. No 269. P. 409.

إذن السلطة التقديرية للقاضي ليس مبعثها التحكم ، وإنما سببها العجز عن الإحاطة بما يقتضى من عدم التنفيذ حكم الغرامة وما لا يستوجبه . ومن جهة أخرى أن القاضي العادى يتمتع بذات السلطة ، والمشرع ومنذ قانون ٥ يولييه ١٩٧٢ كأول قانون أدخل بمقتضاه نظام الغرامة التهديدية إلى نطاق القانون الخاص ، أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليحكم بما يسراه لازماً تبعاً لمقتضيات الحال بها . ولم يقل أحد أن فى ذلك اضعافاً للغرامة على تأدية دورها ، أو أنه يفتر من أثرها فى اجبار المدين بالتنفيذ على أن ينفذ الحكم الصادر فى مواجهته . وأخيراً أن السلطة التقديرية لقاضي الغرامة هى من دواعى نجاح هذا النظام ، ومن أسباب تفعيل دوره فى تحقيق أهدافه ، إذ أنه لا يهدف الى لرهاب الإدارة أو ملاحقتها بالتهديد المالى ، وإنما جل هدفه تحقيق مقتضى المشروعية . فإذا كانت هذه الأخيرة فى جانب التنفيذ اقتضى الحال الحكم بها ، وإن كانت فى جانب عدم التنفيذ امتنع للقاضي عن الحكم بالغرامة . ولأن المواد الإدارية اسرع فى تطورها من غيرها من مواد القانون الآخر ، وهذا سر غلبة عدم التقنين عليه فى نطاقها ، فإن الأمر يستلزم أن يترك الأمور لكل قاض ليقرر المسألة وفقاً لما تستوجبه الظروف المعاصرة . وهذا مكن المرونة فى التشريع ، ومظهر صلاحيته للتطبيق دون التقيد بزمان محدد ولا طريقة بعينها .

(٢) مدة تقديم طلب الغرامة :

١٩٣ - قيل إذا كان قانون الغرامة يمثل خطوة جديرة بالإعتبار ، بل إنه افضل تقدم حدث فى التشريعات المعاصرة منذ وقت طويل ، فى نطاق خضوع الحكومة للقانون ، إلا أنه يعيبه المدة التى تطلبها لتقديم طلب الغرامة إلى القاضي المختص . إذ لا بد أن ينتظر ذو الشأن مضى ستة اشهر من اعلان الحكم المطلوب تنفيذه فى حالة أن يكون قاضى الغرامة هو مجلس الدولة ، وثلاثة أشهر حال أن يكون القاضي المختص هو المحاكم الإدارية العادية أو

وهذا النقد على قدر وجاهته يمكن الرد عليه بأن تحديد هذه المدة استهدف المشرع بها أن يعطى الإدارة فرصة لكى تنهى لتنفيذ الحكم ، وتأخذ عدتها لإجرائه ، خاصة وأن من الأحكام ما يحتاج إلى وقت معين لإعداد مستلزمات تنفيذه . فمثلا الأحكام المالية يعوزها أحيانا وقت لتوفير الإعتمادات المالية اللازمة لتنفيذها . وترك الفرصة للإدارة لتوفير تلك الإعتمادات ، ينطلق من فكرة لا تكليف بمستحيل ، إذ الإدارة حين تعجز مواردها عن استيفاء حاجاتها بكون من العبث اجبارها على التنفيذ المباشر للأحكام . والا تكون الغرامة عبئا ماليا جديدا وأداة عبث وطفان .

وقد يقال أن القاضى العادى لا يتقيد بمثل هذه المدة حال أن يمارس سلطته فى الحكم بالغرامة ، فلا يوجد فى تشريع الغرامة نص له ذات المعنى . وهذا القول يمكن الرد عليه بأن القاضى العادى له سلطة تقديرية واسعة يستعرض خلالها حالة المدين بالتنفيذ عسرا أو يسرا ، ولا يقضى بالغرامة إلا بعد التثبت من قدرته المالية ، كما أن له إن كان معسرا أن ينتظره إلى ميسرة ، فإذا استيقن قدرته إما أن يطالبه بالتنفيذ أو يجبره عليه بالتهديد المالى . ولعل فى السلطة التقديرية للقاضى سعة للمتقاضى أكثر من النص المقيد بمدة معينة . وأخيرا أن مددة الأشهر الستة كان مرجع اختيارها الى أنها المدة الطبيعية لتنفيذ الأحكام الصادرة بإلغاء الرفض الضمنى للإدارة للتنفيذ . إذ أنها عبارة عن متنين : مدة الأربعة الأشهر التى يفترض بعد مرورها دون رد من الإدارة أن هذا يعد قرارا ضمنيا بالرفض . ومدة الشهرين التى لا بد خلالها أن يطعن بإلغاء قرار الرفض الضمنى أمام القاضى الإدارى .

ولقد علمنا حال طباعة البحث أن المشرع الفرنسى بصدد إصدار قانون لإصلاح العلاقة بين المواطن والإدارة يتضمن عدة ضمانات ونصوص

اجرائية معدلة لآخر سارية ، غايتها سهولة اجراءات التقاضى ، وسرعة الفصل فى المنازعات . منها مايتعلق بشرط المدة فى قانون الغرامة على نحو يقلل منها أو يلغيها تماما .

(٣) معدل الغرامة :

١٩٤ - وقيل أيضا أن المعدل المالى للغرامة يعتبر قليلا نسبيا - (٢٠٠ إلى ١٠٠٠ فرنك يوميا) - على نحو لايمثل أداة ضغط ذى اثر فعال لإجبار الإدارة على التنفيذ . هذا إلى أنه لايتناسب البينة مع خطورة الآثار المترتبة على عدم التنفيذ . كما أنه لايراعى قدر الضرر الذى يصيب المحكوم له من جراء عدم التنفيذ ^(١) .

وهذا القول يمكن الرد عليه بأن معدل الغرامة مسألة لايرجع فى تحديدها إلى قانون الغرامة ، وإنما تركت لقاضى الغرامة ليقدر المعدل الذى يراه مناسباً أخذاً بمعياريين : مقدار سوء نية الإدارة فى التنفيذ ، والقدر الذى يحملها على تنفيذه تبعاً لما لديها من موارد مالية . وهو ذات مايراعيه القاضى العادى الذى له سلطة تقدير معدل مايحكم به من غرامة على المدينين بالتنفيذ أيضا . هذا إلى أنه يترك تقدير هذا المعدل لقاضى الغرامة يكون المشرع قد فعل مايقضى العدل والحكمة ، إذ الحال يتغير من واقعة لأخرى ، ومن جهة إدارية لغيرها . وتوحيد معدل الغرامة يمثل خلافاً بميزان العدل . إذ هناك جهات لن يكون للمعدل الثابت أى أثر فى إجبارها على التنفيذ ، وجهات أخرى يكون من الظلم تطبيقه فى مواجهتها لاعتبارات مالية وظرفية تحول منطقياً دونه . إذن المعدل المتغير يمثل نوعاً من تفريد العقاب المعروف فى القانون الجنائى ، وسلطة القاضى التقديرية بشأنه تتأسس على ذات الإعتبارات المنطقية التى راعها تشريع الغرامة بالنسبة للقاضى المختص بالحكم بها .

ولئن استند أنصار هذا الرأى لتأييده إلى أحكام قضائية كان معدل

MELLERAY (G.) et TERN (ph.): note sous C.E. 5 mai 1986. David. (١)
J.C.P. 1986. 2-20682.

الغرامة فيها يتراوح ما بين القيم التي ذكرنا آنفاً ، فقد فاتهم أن مجلس الدولة ذاته حكم في بعض الأقضية بمعدلات بالغة الإرتفاع على نحو ماعرضنا فسى نطاق البحث وصلت في بعض الحالات إلى ١٦.٠٠٠ فرنك يومياً .

أما القول بأن القاضى يغفل في تقدير معدل الغرامة قدر الضرر الذى يلحق بالمحكوم له من عدم التنفيذ ، فذاك قول يغيب عن أنصاره معرفة حقيقة الغرامة التهديدية . إذ أنها وسيلة لجبار على التنفيذ ، وليست أداة تعويضية يقدر فيها المبلغ المحكوم به تبعاً لما أصاب المحكوم له من ضرر . ولعل تشريع الغرامة كان أحرص على تأكيد ذلك فى مادته الثالثة حين نص على أن الغرامة التهديدية تستقل تماماً عن التعويض . وتلك مسألة عرضنا لها تفصيلاً فى نطاق البحث .

مدى الحاجة إلى تشريع الغرامة فى مصر :

١٩٥ - هل نحن فى حاجة إلى مثل قانون الغرامة التهديدية فى مصر؟
الإجابة بالإيجاب قطعاً . إذ أن هذا التشريع لأموطن له ، فحيثما تماطل الإدارة فى التنفيذ فثم حاجة إليه . والظاهرة كما هى موجودة فى فرنسا معقل الديمقراطيات هى بذاتها فى بلادنا . ولعل هذا ما أفضى بالكثير ، ومنذ وقت طويل ، إلى المطالبة بعلاج ناجع لها ، بحثاً عن سبل تكفل تنفيذاً فعالاً لأحكام القضاء خاصة الإدارى . وفى تبيان ذلك يقول البعض " ... لقد شاعت ظاهرة عدم تنفيذ الأحكام القضائية خاصة تلك التى ضد الإدارة حتى أن تقرير مجلس الدولة فى عام نشأته الثالثة نادى فى مضمونه الى ضرورة تحقيق اصلاح خطير فى نظام القضاء الإدارى . فقد علت أصوات تنادى بوجوب كفالة التنفيذ للأحكام التى يصدرها هذا القضاء ، فإن بعضاً من هذه الأحكام لاتنفذ ، أو تنفذ فى كثير من التراخى " (١) .

ومن جهة ثانية أن عصر الإنفتاح الإقتصادى الذى تعيشه البلاد لايمكن أن يؤتى جل ثماره دون انفتاح قانونى يطمئن فى ظله القاضى والمتقاضى بأن

(١) حمدي ياسين عكاشة : المرجع السابق .. ص : ٣٠١ .

الحكم الذى سيحصل عليه لابد أن يجد طريقه الى التنفيذ ، ولن يخضع الأمر فى شأنه إلى إرادة موظف أو مماعة آخر . وأن مصدر الإلزام بذلك ليست مجرد وعود أو عهود وإنما هو القانون ذاته الذى يحمل أمضى الأسلحة التى يواجه بها القاضى مطل الإدارة وتسويقها (١) .

وتجد الحاجة الى تبنى هذا القانون أيضا مبررها فيما تتادى به القيادة السياسية من ضرورة تبسير اجراءات التقاضى وكفالة حق المتقاضين فى عدالة سريعة . وهذا بالطبع لايتوقف عند حد اختصار وقت الفصل فى الحكم أو الإقتصاد فى اجراءات التقاضى ، وإنما يتعداه إلى مرحلة ما بعد صدور الحكم . فتلك المرحلة أهم مراحله على الإطلاق إذ فيها تتحقق الفائدة التى كان يرجوها المحكوم له على مدار مراحل الفصل فى دعواه ، وهى التى إما فيها يوقن بالقانون وعدله ، أو ييأس لإجحافه وظلمه . فكما أنه لاهية للقضاء بغير حكم عادل ، كذلك لفائدة من الحكم بغير تنفيذ سريع .

وأخيرا من اللحظة التى نوقن فيها أن أول مقومات الحق فى العدالة الإقتصاد فى الإجراء ، علينا أن ندرك بأن خير سبيل الى ذلك الإلتجاء إلى نظام الغرامة التهديدية. إذ به يتقضى القاضى بعد صدور حكمه تراكم دعوى على دعوى ، أو طعن على طعن أو الغاء على الغاء . إذ بامتناع الإدارة عن التنفيذ يطعن المحكوم له فى قرار رفضها الصريح أو الضمنى ، فإذا صدر حكم فى هذا الأخير تمنع فيه ، فيلجأ تارة أخرى إلى القضاء طعنا عليه ، وهكذا إلى مالا نهاية . فيزداد انشغال القضاء ، وتتراكم الإجراءات وتتكدس الدعاوى ، ويحمل القاضى أخيرا مالاينوء بحمله . نقول انن بالغرامة يضع المشرع حدا لكل هذا ، فيأمن المتقاضى ، ويستريح القاضى لينطلق قوة خلاقة تنود عن الحق ، وتعيده إلى ذويه .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

PHILIPPE (AX): Droit administratif général. Paris. Librairie de (١)
l'unvrsité d'Aix-en provence. 1996. 2^e edition.p. 288.

الإختصارات

أولا : الإختصارات العربية :

القنين	تقنين المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية
الغرامة	الغرامة التهديدية
الغرامة الإدارية	الغرامة التهديدية فى المنازعات الإدارية
الغرامة المدنية	الغرامة المدنية فى المواد المدنية
قانون الغرامة	قانون ١٦ يوليو ١٩٨٠ بشأن الغرامة التهديدية فسى المنازعات الإدارية وتنفيذ الأحكام الإدارية
محكمة الإستئناف	محكمة الإستئناف الإدارية
المحاكم الإدارية (العادية والإستئنافية)	المحاكم الإدارية ومحاكم الإستئناف الإدارية

ثانيا : الإختصارات الفرنسية :

A.J	Actualite juridique – Droit administratif.
A.L.D	Actualite – legislative. Dalloz.
Bull. civ	Bultin des arrêts de la chambre civile de la cour de Cassation.
C.A.A	Cour administrative d'appel.
Cass. Civi	Chambre civile de cours de carsation.
C.C	Conseil constitutionnel.
C.E	Conseil d'Etat.
Concl:	Conclusions.
D.	Recueil Dalloz.
E.D.C.E	Etudes et documents du conseil d'Etat.
G.P.	Gazette du palais.

J.C.A	Juris – classeur Administratif.
J.C.Pr. Civ	Juris – classeur de procédure civile.
J.C.P.	Juris – classeur périodique.(la semaine juridique).
L.A.P.	Les petites Afliches .
R. Ad.	Reuve administrative.
R.D.P.	Reuve du droit public.
R.F.D.Ad.	Reuve française du droit administratif.
R.J.	Reuve justice.
R.P.	Reuve pouvoirs.
Rec. c.c.	Recueil des décisions du conseil constitutionnel.
T.A.	Tribunal administratif.
T.C.	Tribunal des conflits.

فهرست

المقدمة

- ٥ مشكلة تنفيذ الأحكام الإدارية :
٧ أولا : الإدارة تحوز القوة اللازمة لتنفيذ الأحكام
١٠ ثانيا : حظر اتباع طرق التنفيذ العادية ضد الإدارة
١٤ ثالثا : الحظر على القاضى الإدارى توجيه أوامر إلى الإدارة
رابعا : قصور الوسائل التقليدية فى إجبار الإدارة على تنفيذ
٢٩ الأحكام الإدارية
المشرع والأخذ بنظام الغرامة التهديدية حلا مشكلة تنفيذ الأحكام
٤١ الإدارية
٤٦ خطة البحث

الفصل الأول

شروط الغرامة التهديدية

- ٥١ تمهيد

المبحث الأول

الشروط المتعلقة بالحكم الإدارى

- ٥٣ تمهيد
٥٣ المطلب الأول : شروط الحكم الإدارى العلمية
٥٦ الفرع الأول : وجوب أن يكون حكما قضائيا بإلزام
٥٦ أولا : ضرورة أن يكون حكما قضائيا حقيقيا
٦٧ ثانيا : وجوب أن يكون من أحكام الإلزام
٧٣ الفرع الثانى : لزوم أن يكون حكما اداليا
٧٤ أولا : أحكام القضاء العادى
ثانيا : قرارات الجهات الإدارية ذات الاختصاص
٧٧ القضائى

- ٧٨ ثالثا : أحكام المحكمين فى المنازعات الإدارية
- ٨٢ المطلب الثانى : شروط الحكم الإدارى الخاصة
- ٨٣ الفرع الأول : الشروط المتعلقة بالأوامر التنفيذية :
- أولا : وجوب طلب توجيه أوامر تنفيذية إلى الإدارة
- ٨٥ ثانيا : ضرورة أن تكون الأوامر المطلوبة مما يقتضيها التنفيذ
- ٩٢ ثالثا : لابد أن يقدر القاضى أن تنفيذ الأوامر يستلزم الحكم بالغرامة - إحالة
- ١١٦ الفرع الثانى : الشروط المتعلقة بالحكم المرتبط بأوامر تنفيذية
- ١١٨ أولا : الشروط المتعلقة بأحكام المحاكم الإدارية العادية والإستئنافية
- ١١٩ ثانيا : الشروط الخاصة بأحكام مجلس الدولة
- ١٢٢ المبحث الثانى
- الشروط المتعلقة بعدم تنفيذ الحكم الإدارى
- ١٢٥ تمهيد وتقسيم
- ١٢٦ المطلب الأول : الشروط الخاصة بالتنفيذ
- ١٢٧ الفرع الأول : ضرورة وجود التزام على الإدارة بالتنفيذ
- أولا : النطاق العضوى للالتزام الإدارى
- ١٢٩ بالتنفيذ
- ثانيا : النطاق الموضوعى للالتزام الإدارى
- ١٣٢ بالتنفيذ
- ١٣٨ الفرع الثانى : وجوب أن يكون التنفيذ ممكنا
- ١٣٩ أولا : الإستحالة القانونية للتنفيذ
- ٤٤ ثانيا : الإستحالة الواقعية للتنفيذ
- ١٤٨ المطلب الثانى : الشروط المتعلقة بالإخلال بتنفيذ الحكم الإدارى

- ١٤٩ الفرع الأول : الإمتناع الإرادى عن تنفيذ الحكم الإدارى
- ١٥٠ أولا : الإمتناع الصريح عن التنفيذ
- ١٥٤ ثانيا : الإمتناع الضمنى عن التنفيذ
- ١٥٨ الفرع الثانى : التنفيذ المعيب للحكم الإدارى :
- ١٥٩ أولا : التنفيذ الجزئى للحكم
- ١٦٤ ثانيا : التنفيذ المتأخر للحكم

الفصل الثانى

إجراءات الغرامة التهديدية

- ١٧١ تمهيد

المبحث الأول

إجراءات الحكم بالغرامة التهديدية

- ١٧٢ تمهيد وتقسيم
- ١٧٣ المطلب الأول : النظام القانونى لطلب الحكم بالغرامة التهديدية
- ١٧٤ الفرع الأول : الطلب الصريح بالحكم بالغرامة :
- ١٧٤ أولا : الإجراءات المتعلقة بالطلب ذاته
- ١٨٤ ثانيا : الإجراءات الخاصة بأطراف الطلب
- ثالثا : مدى جواز تقديم أكثر من طلب للإجبار
- ١٩٤ على تنفيذ ذات الحكم
- ١٩٩ الفرع الثانى : طلب المساعدة فى التنفيذ كإجراء للحكم بالغرامة :
- أولا : مدى تعارض الحكم بالغرامة بغير طلب مع مبدأ لا يحكم القاضى بما لم يطلبه
- ٢٠٠ الخصوم
- ثانيا : النطاق المصوى لنظام الحكم بالغرامة
- ٢٠٢ التهديدية بغير طلب

ثالثا : النظام الإجرائي للحكم بالغرامة التهديدية

- ٢٠٤ بغير طلب
- ٢٠٧ المطلب الثاني : الفصل في طلب الحكم بالغرامة التهديدية
- ٢٠٧ الفرع الأول : الإختصاص بالفصل في طلب الغرامة التهديدية :
- ٢٠٨ أولا : اختصاص مجلس الدولة
- ثانيا : اختصاص المحاكم الإدارية العادية
- ٢١١ والإستئناف
- ٢١٤ الفرع الثاني : تحقيق طلب الغرامة التهديدية :
- ٢١٤ أولا : إجراءات تحقيق طلب الغرامة التهديدية
- ٢١٧ ثانيا : ترك طلب الغرامة التهديدية
- ٢٢٠ الفرع الثالث : الحكم في طلب الغرامة التهديدية :
- ٢٢٢ أولا : الحكم بقبول طلب الغرامة التهديدية
- ٢٣٣ ثانيا : الحكم برفض طلب الغرامة التهديدية
- ٢٤٣ ثالثا : الطعن في الحكم الصادر بالغرامة التهديدية

المبحث الثاني

تصفية الغرامة التهديدية

- ٢٤٧ تمهيد
- ٢٤٨ المطلب الأول : نظام تصفية الغرامة التهديدية
- ٢٤٩ الفرع الأول : إجراءات تصفية الغرامة التهديدية :
- ٢٤٩ أولا : طلب التصفية
- ٢٥٤ ثانيا : قاضي التصفية
- ٢٦٢ ثالثا : كيفية إجراء التصفية
- ٢٧١ الفرع الثاني : توزيع حصيللة الغرامة بعد التصفية :
- ٢٧٢ أولا : المستفيدون من حصيللة الغرامة
- ٢٧٦ ثانيا : طريقة توزيع حصيللة الغرامة
- ٢٧٩ المطلب الثاني : آثار تصفية الغرامة التهديدية

٢٧٩	الفرع الأول : تنفيذ حكم التصفية :
٢٨١	أولا : شروط التنفيذ الجبرى لحكم التصفية
٢٨٥	ثانيا : اجراءات التنفيذ الجبرى لحكم التصفية
٢٩١	الفرع الثانى : المسؤولية المالية للموظف الممتنع عن التنفيذ :
٢٩٢	أولا : حالات المسؤولية المالية للموظف
٢٩٥	ثانيا : اجراءات المسؤولية المالية للموظف
٢٩٨	الخاتمة
٣٠٧	قائمة الاختصارات
٣٠٩	الفهرست



نظام حماية المنتجات الوطنية في منظمة

التجارة العالمية

أ.د. مصطفى سلامة حسين

استاذ القانون الدولي العام

عميد كلية حقوق الاسكندرية

=====

تعد مسألة الحماية التجارية من اهم المسائل التى استقطبت ، ولا زالت تستقطب الاهتمام لدى محاولة تنظيم العلاقات الدولية التجارية . ويعود الاهتمام بهذه المسألة الى ان لها وجهين مختلفين متجاورين ولكنهما متعارضان : فان الحماية بما تتضمنه من فرض لتدابير وقائية تسمح للدول التى تتبعها من العمل على وقاية صناعتها المحلية او سلعها من منافسة الواردات لدى احدث الأخيرة لاضرار جسيمة للصناعة او السلعة المحلية ، تعرقل وتقيّد من انسياب التجارة الدولية ^(١) . فالحماية والحرية للمعاملات الدولية التجارية دائما فى صراع. وقد لوحظ انه فى ظل جات ٤٧ ، وبرغم ما اوردته هذه الاتفاقية لتنظيم مسألة الحماية التجارية ، فإن أنماطاً متعددة من الحماية تم فرضها ، وقيدت من حرية التجارة الدولية ^(٢) .

وبرغم أن الهدف الرئيسى والمحورى لاتفاقية مراكش حرية التجارة الدولية ، باسقاط أية عوائق او قيود او حواجز تعرقل من انسياب السلع وما من حكمها من خدمات وحقوق ملكية فكرية ، وبرغم الاتجاه المتشدد من واضعى هذه الاتفاقية بملاحقتها المختلفة من اجل القضاء على كل من الاستثناءات القائمة لدى سريانها ، والاضاع السائدة التى تذرعت الدول بها للخروج على حرية التجارة الدولية من اجل الخروج على حرية التجارة الدولية من اجل الخروج على حرية التجارة الدولية بفرض انماط متعددة من اوجه الحماية ، فإن واضعى الاتفاقية المذكورة لم يغفلوا حقيقة وجود حالات تضلّب فرض الحماية . لذا تم إبرام اتفاق سمي باتفاق الحماية او الوقاية

ان هذا الاتفاق قد حاول الى حد كبير مراعاة مصالح التجارة الدولية والدول التي قد تتعرض لاضاع تتطلب فرض الحماية .

ويمكن التعرض لمعالم هذا الاتفاق من خلال دراسة الخصائص العامة لقواعد الجات من هذا الشأن ، ومن ثم بحث المسائل المتعلقة بكل من شروط سريان هذه القواعد ، ومضمون التدابير المسموح بها في هذا الشأن ، وضمن احترامها .

أولاً - الخصائص العامة للقواعد

تتعدد الخصائص العامة لقواعد جات ٩٤ المتعلقة بمسألة الحماية التجارية والتي يمكن رصدتها فيما يلي :

١- الامتثال بقواعد جديدة في إطار اتفاق متكامل المعالم :

فلم يعد الامر يقتصر على مجرد المادة التاسعة عشرة التي تم النص عليها في اطار جات ٤٧ . ويلاحظ في هذا الشأن أن اتفاق ٩٤ يتضمن مسائل متعددة بداية من تحديد نطاق فرض الحماية وشروط تحقيقها سروراً بمضمون التدابير الواجب اتباعها انتهاء باجراءات ضمان احترامها . ويمكننا نصت المادة الاولى من اتفاق الحماية على ان يضع هذا الاتفاق القواعد من اجل تطبيق تدابير الوقاية التي تقيد بها تلك التدابير المنصوص عليها من المادة التاسعة عشرة من اتفاقية جات ١٩٩٤ .

٢- إنهاء تدابير الحماية القائمة :

فلدى التوقيع على جات ٩٤ ، كانت هناك تدابير متعددة قد فرضتها عدة دول في اطار سعيها لحماية صناعاتها المحلية . حقيقة استندت هذه التدابير الى كل من نص المادة التاسعة عشرة من جات ٤٧ ، والاتجاه العام المتسامح من اطراف هذا الاتفاق ، واجهزته من التعامل مع السياسات

الحماية للدول . غير انه باقرار اتفاق الحماية الملحق باتفاقية مراكش وبالتدابير المتعددة من اجل ضمان تكريس ، ومن ثم احترام هدف حرية التجارة الدولية ، اصبح من المنطقي والضروري دخول مرحلة جديدة من العلاقات الدولية التجارية التي يتم في اطارها ازالة الحماية القائمة ، فلا غرو ، والحال كذلك ان تجي المادة العاشرة من اتفاق الحماية لتتص على ان " على الاعضاء ايقاف العمل بجميع تدابير الوقاية المتخذة عملا بالمادة التاسعة عشر من جات ١٩٤٧ والقائمة عند نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية وذلك بعض مضي ما لا يقل عن ثمانية سنوات على بدء تطبيقها او خمس سنوات على نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية ، ايهما اقرب .

٣- إنهاء الاتفاقات الثنائية للحماية : "المناطق الرمادية":

وبذا الحكم جاء ليكمل من الانتهاء السابق بيانه لتدابير الحماية القائمة . فلقد لوحظ ابرام اتفاقات ثنائية بين دول مستوردة ، واخرى مصدرة سترم بمقتضاها "دول الاخيرة بالحد من بعض صادراتها تجاه الدول المستوردة" بنسبة لعدد متفق عليه من السلع ، ولمدة مؤقتة ومحددة . ان هذه الاتفاقات فوق عدديها الذي ناهز المائة والبيع والسبعين شكلت بلا شك تقيداً لحرية التجارة الدولية بالنسبة لطبيعتها التمييزية . دول تجاه دول معينة ، مما افضى في النهاية الى اقامة حماية لمصالح المنتجين غير الجادين بالمنافسة ، والحقت اضراراً بالمستهلكين . ان كل هذه الآثار تتعارض مع مقتضيات نظام اقتصاد السوق . فتتص الفقرة ٤ من المادة ١١ من اتفاق الحماية على انه لا يجوز فرض " الاجراءات التي تتخذ بموجب اتفاقات وترتيبات وتفاهات بين عضوين او اكثر " .

٤- التحديد الدقيق لكل المسائل المتعلقة بنظام الحماية :

نلم يعد الامر مطلقاً ، حيث ان كل مسألة تم اقرارها من اتفاق

الحماية تضمنت وصفاً ، وتحديداً ، بياناً لكل من المعايير ، والوسائل ،
والجوانب الموضوعية والشكلية معاً . إضافة الى بيان ما يمكن ان يعرض
من صعوبات في هذا الشأن ، ان ذلك يعد مراجعة وتفتيح فنى وتوضيح
للقواعد التى كانت سارية فى ظل جات ٤٧ .

٥- التوازن بين المصالح المتعارضة :

تثير الحماية التجارية بداهة التعارض بين السعى للحفاظ على
مصالح الدولة التى تفرض الحماية ، وضرورة رفع وعدم فرض أية قيود
على حركة المعاملات الدولية التجارية . ان هذا التعارض كان ماثلاً امام
واضعى اتفاق ٩٤ للحماية . لذا تم العمل على ايجاد نوع من التوازن بين
مصالح الدول المستوردة من ناحية ، ومصالح الدول المستوردة من ناحية
اخرى . ويمثل هذا التوازن فى منح الطرفين - كما سنرى - مجموعة من
الحقوق التى تقابلها التزامات تشكل معاً توازناً مطلوباً فى هذا النطاق . ان
التوازن المنشود غايته العمل على تحقيق ما ورد فى ديباجة اتفاق الوقاية .
متمثلاً فى الهدف الشامل لتحسين تدعيم نظام التجارة الدولية من خلال
التكيف الهيكلى وبالحاجة الى زيادة التنافس فى الاسواق الدولية بدلا من الحد
منه .

٦- الربط الفعال بين القواعد واحترامها :

فلم يتم الاكتفاء ببيان نطاق وشروط ومضمون الحماية المقررة ، بل
اقترن ذلك بوضع نظام محدد للرقابة لكفالة احترام قواعد الحماية التى جاء
بها اتفاق ٩٤ . ان اهمية هذا الربط ، ضمان احترام القواعد ، وانتظام سير
العلاقات الدولية ، وعدم تركها لاية ترتيبات انفرادية او ثنائية خارجة عن
نطاق الفحص ، الضبط ، والرقابة . بل وصل الحال الى عدم الاقتصار على
تلك الواردة فى اتفاق الحماية ، وحيث هناك الامكانية المتاحة لسريان التدابير

الممنوعون عليها في كل من اتفاقية مراكز لإنشاء نقطة التجارة العالمية ،
وتفاهم أولية حل المنازعات .

ثانياً - الشروط

ينبغي للسماح للدول بتطبيق تدابير الحماية توافر شروط موضوعية
تتعلق بالفعل المفضي لفرض الحماية ، وبالأثر المترتب على وجود هذا
الفعل وبالعلاقة بينهما . هذا الى جانب ضرورة توافر شروط شكلية وهي :

١- الشروط الموضوعية

أ) وجود فعل معين :

أحسن واضعو اتفاق الحماية لعام ١٩٩٤ صنعاً بأن حددوا بشكل
دقيق الاوضاع التي تسمح للدول بفرض تدابير الحماية . وهكذا ، لم يعد
يقتصر الامر على ما ورد في المادة التاسعة عشرة من جات ٤٧ ، والتي
اوردت ان الافعال محل الاعتداد هي تلك الناتجة عن فكرة عدم انتظام او
اضطراب السوق *Desorganisation du marche*. إن هذه الفكرة كانت
تسمح بالتوسع في ايراد الافعال المفضية لفرض الحماية الشاملة . لذا كان
يقيد بالافعال التالية :

١- الزيادة الكبيرة في واردات منتج معين لدولة او عدة دول او التهديد
بحدث ذلك .

٢- الاستيراد بسعر اقل من سعر البيع لذات المنتج المحلي المماثل . لقد
حدد اتفاق ٩٤ الفعل المعتمد به في هذا الشأن وفقاً فقط لمعيار الكمية ،
وتم استبعاد معيار السعر . لذا ، فإنه ، ووفقاً لنص المادة ١/٢ من اتفاق
الوقاية "لا يجوز للعضو ان يطبق تدبيراً من تدابير الوقاية على منتج ما
الا اذا وجد هذا العضو .. ان هذا المنتج يستورد الى اراضيه بكميات
متزايدة سواء بشكل مطلق نسبي مقارنة بالانتاج المحلي .

ب) الأثر المترتب على الفعل - الضرر :

لا يكفي تزايد الكميات المستوردة على النحو المتقدم ذكره ، بل لابد من ان يقض ذلك إما الحاق ضرر كبير أو التهديد بالحقاق للصناعة المحلية التي تنتج منتجات مشابهة أو منافسة لها بشكل مباشر . وقد تم تحديد المقصود بالضرر على نحو أكثر دقة من ذلك الذي أورده اتفاقية ٤٧ .

١- من ناحية يعد بالضرر الخطير عندما يحدث اضعاف كلى كبير وليس جزئيا أو صغيرا لمركز صناعة محلية ما .

٢- ومن ناحية أخرى ، فإنه سواء حدث الضرر الخطير أو كان وشيك الوقوع ، فلا بد لدى الادعاء بوجوده ان يستند الى وقائع وليس الى مجرد الادعاء أو التكهن أو الاحتمال بعيد الحدث .

٣- ثم انه قد تم التوسع فى نطاق الضرر حيث لابد من العناية بجميع العوامل ذات الصلة المتصلة بالموضوع والقابل للقياس مما يكون له تأثير على مركز تلك الصناعة . فالاعتداد بمعدل الزيادة فى الواردات وحجمها يقترن بالعناية بمسائل مستوى المبيعات ، والانتاج ، والانتاجية واستغلال الطاقات والارباح والخسائر والعمالة .

٤- وأخيراً فإنه ليس هناك من أهمية لمصدر الاستيراد إذ أن تدابير الحماية تطبق على المنتج المستورد بصرف النظر عن مصدره .

ج) العلاقة بين الفعل والضرر : ضرورة توافر علاقة السببية :

حيث لابد من أن يكون الفعل المعتمد به من زيادة الكميات المستوردة مفضيا بصفة مباشرة ، وغير منبت الصلة باحداث الضرر الخطير أو التهديد بوقوعه للصناعة المحلية . وترتبطا على ذلك ، فإن وجود عوامل اجنبية تسبب هذا الضرر لا تؤدي الى فرض تدابير الوقاية .. الخ. كارتفاع اسعار الخامات المحلية أو اجور العمال أو فرض رسوم الوقاية .. الخ.

فكل ما لا يعزى بصفة مباشرة الى زيادة الواردات ، لا اثر له البتة على الوضع القائم - و التى تتمتع بمقتضاه المنتجات المستوردة بحرية الفساد

٢- الشروط الشكلية

يجمع بين الشروط الشكلية فكرة محورية مؤداها انه لا يمكن لنظام الحماية ان يسرى الا باقتضاء اوضاع تحقق الجدية والشفافية لسريان تدابير الوقاية . لذا تم النص على الشروط الآتية :

أ) إجراء تحقيق :

وهو شرط يتم اتجاذه بقيام السلطات المختصة لدى الدولة التي ترغب في فرض الحماية . ويلزم لاتمام التحقيق مراعاة ما ورد من المادة العاشرة من جات ٩٤ . ولدى مباشرة التحقيق ، فانه يجب توافر العلانية من خلال عقد جلسات استماع يتاح فيها لكل الاطراف المعنية من مستوردين ومصدرين تقديم وجهات نظرهم .

ب) الابلاغ :

فبدء التحقيق ومراحله المختلفة يتحتم ان يحاط علماً بها الاطراف المعنية . ان الابلاغ او الاخطار يعد من وسائل الرقابة التي تمكن كل طوف معنى بمتابعة الخطوات المتعلقة بمسألة الحماية ، ونتيج بالتالى اتخاذ المواقف التي يقدرها . انطلاقا واستنادا لما ورد من نصوص سواء في اطار اتفاق الجات او اتفاق الوقاية .

ج) إصدار تقرير بنتائج التحقيق :

رغبة من واضعي اتفاق الحماية لحسم المواقف ، وتلافي الجمود ، واتخاذ اللازم نحو تحديد مدى جدية الادعاء بوجود ضرر خطير يلحق بالصناعة المحلية لاحدى الدول اطراف الجات ، تطلبت الفقرة الاولى من

المادة الثالثة من اتفاق الوقاية وجوب اصدار السلطات المختصة التي تجرى التحقيق تقريراً تعرض فيه النتائج التي توصلت اليها بشأن جميع الامور ذات الصلة بالحماية قانونياً وعملياً .

ويلاحظ انه لا بد ان يشمل هذا التقرير ما تم تحريره اضافة الى عرض العلاقة بين العوامل التي يتم تناولها اثناء التحقيق (المادة ٤/٢/ج من اتفاق الوقاية) .

وغنى عن البيان ان الاجراءات الشكلية السابق بيانها لا بد ان تبحث في مدى توافر الشروط الموضوعية على النحو الذى تم توضيحه .

ثالثاً - مضمون تدابير الحماية (الوقاية)

بتوافر الشروط الموضوعية والشكلية التى تقتضى فرض الحماية ، تصبح الدولة المعنية فى وضع يسمح لها بتطبيق تدبير الوقاية التى اجاز توقيعها اتفاق الحماية لعام ١٩٩٤ . وتتعدد تدابير الحماية ، والتى تتمحور حول الاتجاه نحو التأثير بطريقة مباشرة او غير مباشرة فى الكميات والاسعار .

ويأتى فى مقدمة هذه التدابير كلاً من الاجراءات السعريّة ، والاجراءات الكمية ويقصد بالتدابير السعريّة تلك التى يتم بمقتضاها استخدام التعريفات والرسوم الاضافية للتأثير على الاسعار وبالتالي التأثير فى حجم الواردات والصادرات . اما التدابير الكمية فهى تلك التى يتم اتخاذها للتأثير فى حجم التجارة وكمياتها بطريقة مباشرة (الحصص) .

وخلافاً لجات ٤٧ ، لم يأت اتفاق ٩٤ بتحديد لنوعية تدابير الوقاية الواجب اتخاذها لدى توافر شروط سريانها . ولعل ذلك يفسر ، بأنه فى مقابل الاتجاه المتشدد من واضعى هذا الاتفاق الاخير نحو تقييد حالات الالتجاء للحماية ، فانهم فى مقابل ذلك منحوا الدول المعنية حرية اختيار التدابير المناسبة لمواجهة حالات الضرر الخطير الناتج عن الاستيراد بكميات

متزايدة لمنتج مماثل لمنتجات محلية منافسة لها . على انه من الملاحظ وجود اشارات متعددة للتدابير كالتقيود الكمية (المادة ١/٥) ، وتوزيع الحصص (المادة ١/٥) ، وزيادة التعريفات (المادة ٦) .
وأياً كان مضمون التدابير الواردة فى اتفاق ٩٤ ، او المحتمل فرضها فان هناك تفرقة واضحة بين نوعين من التدابير : التدابير العادية والآخرى المؤقتة .

١- التدابير العادية :

وهى تلك التى يتم اتخاذها عند توافر الشروط الموضوعية والشكلية التى تقتضى فرض الحماية . وللدول المعنية كما اسلفنا حرية اختيار التدبير المناسب . على انه لا بد من مراعاة توافر الاوضاع التالية :
أ) عند اختيار التدبير ، فانه لا بد ان يكون تطبيقه بالحد الضرورى لمنع الضرر الخطير او لمعالجة ولتيسير التكيف .

ب) لدى استخدام قيد كمى ، فانه ينبغى الا يؤدى فرض مثل هذا التدبير الى خفض كميات الواردات عن مستواها فى فترة قريبة . ويتم قياس ذلك على اساس معدل آخر ثلاث سنوات تمثل الواقع ويتوافر عنها احصاءات .

ج) لدى استخدام نظام توزيع الحصص بين الدول الموردة ، فانه يجوز للدولة التى تطبق هذا التدبير الاتفاق بشأن توزيع هذه الحصص مع جميع الاعضاء الآخرين التى لها مصلحة جوهرية فى توريد المنتج المعنى .

٢- التدابير المؤقتة :

وهى تلك التى يمكن تطبيقها فى الظروف الاستثنائية او الحرجة .
ويتطلب فرض التدابير المؤقتة تحقيق شرطين :

أ) توافر دليل واضح ناتج عن بحث أولى بحدوث ضرر كبير أو التهديد بحدوثه نتيجة زيادة الواردات . ويتضح من مقارنة التدبير العادى بالتدبير المؤقت انه بينما يقتصر تطبيق النوع الاول على حالات الضرر الخطير ، فان النوع الآخر يسرى فقط على الضرر الكبير . فمعيار التفرقة واضح . التدبير العادى يستند الى معيار نوعى ، اما التدبير المؤقت ، فانه يستند الى معيار كمى .

ب) سريان هذه التدابير لمدة ٢٠٠ يوم فقط . فاذا تحقق الشرطان السابقان ، فان للدولة المعنية محل الضرر المذكور ان تبادر الى فرض زيادة تعريفية.

رابعاً - الضمانات

لا جدوى من اى اتفاق يتم ابرامه لتنظيم اية مسألة ما لم يجرى مقترناً بضمانات فعالة تكفل احترام اهدافه ، وفى الحدود التى تم اقرارها. ان نظرية عامة على اتفاق الوقاية تبين ان فرض الحماية لا يعد مطلقاً اذ ان الشروع فى هذه العملية يجرى مقيداً بشروط متعددة تم بيانها . ان هذه الشروط تدور فى فلك الهدف العام لاتفاقية مراكش بملحقها المتعددة ، والمتمثلة فى وجوب الاحترام العام والكامل لهدف حرية التجارة الدولية . ترتباً على ذلك اورد اتفاق الوقاية مجموعة من الضمانات تكفل احترام الهدف المذكور ، وتجعل الخروج عليه فى اطار محدد ، لا تتعداه .

وتتقسم هذه الضمانات الى نوعين : ضمانات موضوعية ، واخرى شكلية .

١- الضمانات الموضوعية :

وهى متعددة ، ومتناثرة فى ارجاء اتفاق الوقاية لعام ٩٤ وتتمثل فى القيام بأفعال معينة او الامتناع عنها . ويمكن من خلال قراءة متأنية

لنصوص هذا الاتفاق استخلاص المبادئ التالية :

(أ) مبدأ التناسب بين الضرر وتدابير الحماية :

وهذا المبدأ يمثل ضماناً أساسية لتحقيق العدالة . ويتحقق التناسب المذكور من خلال :

١- عدم تطبيق التدابير الوقائية الا الى الحد الضروري لمنع الضرر الخطير او لمعالجة ولتيسير التكيف (المادة ١/٥ من اتفاق الوقاية) .

٢- عدم تطبيق التدابير الوقائية الا للفترة الزمنية التي تعتبر ضرورية لمنع الحاق الضرر الخطير او لمعالجته ولتيسير ، التكيف الهيكلي (المادة ١/٧ من اتفاق الوقاية) .

وإمعاناً من واضعى الاتفاق فى ضبط واحكام مدة سريان تدابير الوقاية تم تحديد مواعيد محددة لمدة سريانها .

من ناحية هناك قيد مرتبط بالتدابير الوقائية . فلا يجوز ان تتجاوز مدة التدبير المؤقت ٢٠٠ يوم (المادة ٦ السادسة) .

ومن ناحية اخرى ، فإنه بالنسبة للتدابير بوجه عام لا يجوز ان تزيد فترة سريانها عن اربع سنوات (المادة ١/٧) . فإذا ما تم تحديدها لاكثر من ذلك طبقاً للمادة ٢/٧ ، فإنه لا يجوز ان تتجاوز مدة اى تدبير وقائى بما فيها فترة تطبيق التدبير المؤقت وفترة التطبيق الاولى وأى تمديد لها عن ثماني سنوات (المادة ٣/٧) .

وأخيراً ، فإنه يجب على الدولة العضو التى تطبق احد التدابير الوقائية ان تعيد النظر فيه اذا تجاوز ذلك مدة الثلاث سنوات من منتصف مدة التدبير . ويتعين عليها فى هذه الحالة ان تسحب او تزيد من سرعة التحرير عند الاقتضاء (المادة ٤/٧) .

ب) مبدأ الاعتداد بمصالح الدول الأخرى فى الحماية :

ما من مرة تم منح حقوق للدول الراغبة فى فرض الحماية ، ولدى توافر شروط انطباقها الا وتم تقييد ذلك بمراعاة مصالح الدول الأخرى .

ويمكن ملاحظة ذلك من خلال الاعتماد بمصالح الاطراف الاخرى فى نطاق المسائل الآتية :

أ- عند فرض التدابير المؤقتة ، اذا اثبت نتيجة التحقيق ان زيادة الواردات لم تنفض الى إلحاق او حدوث إلحاق ضرر بالصناعة المحلية ، فإنه يجب اعادة الزيادات التعريفية الى دافعيها (المادة ٦ من اتفاق الوقاية) .

ب- لدى قيام الدولة التى تفرض تدبيرا وقائية او تقوم بتحديد ، فان عليها ان تحافظ بينها وبين الدول الاعضاء المصدرة التى تتأثر بالتدبير ، على مستوى من التنازلات والالتزامات الاخرى مكافئا للمستوى القائم بموجب اتفاق جات ١٩٩٤ . ويمكن انجاز هذا الهدف عن طريق التعويض التجارى للآثار السلبية التى يخلفها التدبير على تجارة الدول المصدرة (المادة ١/٨).

ج - للدول المصدرة المتضررة الحرية ، لدى الاخفاق فى التوصل الى اتفاق مع الدولة المستوردة التى تفرض تدبير الحماية ، ان تقوم بايقاف تطبيق التنازلات والالتزامات الاخرى المنامية بموجب اتفاق جات ٩٤ ، وذلك وفقا لمواعيد حدتها المادة ٢/٨ من اتفاق الوقاية .

د - اذا قامت الدولة المستوردة باعتماد نظام توزيع الحصص بين الدول الموردة ، فان على الدولة المذكورة الاتفاق مع هذه الدول بشأن توزيع الحصص ، والا فانه يجب ان يتم التوزيع على اساس نسبة ما وردته هذه الدول من مجموع كمية او قيمة الواردات من المنتج خلال فترة مماثلة سابقة.

ج) مبدأ مراعاة الطبيعة الاقتصادية لمسألة الحماية :

برغم ان تنظيم مسألة الحماية قد تم من خلال نصوص قانونية تتوافر لها مقومات القواعد القانونية ، فإن واضعى اتفاق الحماية لم يغفلوا الطبيعة الاقتصادية للمسألة محل التنظيم : الحماية . وهكذا يلاحظ :

١ - ضرورة حفاظ السلطات المختصة لدى قيامها بالتحقيق على سرية المعلومات التي تكون سرية بطبيعتها او التي تقدم اليها على اساس انها سرية بعد ايضاح الاسباب ، ولا يجوز الكشف عن هذه المعلومات دون اذن من الطرف الذي يقدمها . ويكتفى بتقديم ملخصات غير سرية عنها . وتكفلت المادة ٢/٣ من اتفاق الحماية ببيان هذه المسألة .

٢ - مراعاة اوضاع الدول النامية ويتمثل ذلك في امرين : فمن ناحية لا تطبق تدابير الوقاية على اى منتج يكون منشؤه دولة نامية عضو فى منظمة التجارة العالمية اذا كانت حصته من الواردات من المنتج المعنى فى الدول المستوردة لا تتجاوز ٣% بالمئة ، بشرط الا تبلغ نسبة الواردات عن ٣% اكثر من ٩ بالمئة من جملة الواردات من المنتج المقصود .

ومن ناحية اخرى : فإن للدول النامية الحق فى تمديد فترة سريان تدابير الوقاية لمدة تصل الى عامين اضافة للمدة العامة اى ثمانية سنوات . يضاف الى ذلك حق الدول النامية فى اعادة تطبيق تدبير ضمانات على استيراد منتج سابق وفقا لشروط تطلبها المادة ٢/٩ من اتفاق الحماية .

٢ - الضمانات الشكائية :

وتجئ مقترنة بالضمانات الموضوعية السابق بيانها ، ولتؤكد تمسك الدول بالنظام المتفق عليه بشأن الحماية . ويمكن استخلاص وجود نوعين من الضمانات الشكائية : النوع الاول اى فردى ويتمحور حول الالتزام ببعض المبادئ اما النوع الآخر فهو ذات صفة جماعية يتم من خلال جهاز نصت على إنشائه اتفاقية الوقاية .

أ (الضمانات الانفرادية :

وهى اما بقصد احترام مبدأ الشفافية او مبدأ حسن النية .

- مبدأ الشفافية : ويتحقق من خلال اخطار الاطراف المعنية بكل الخطوات والتدابير المتعلقة بنظام الوقاية . فعلى الدولة التى تتجه نحو فوض تدبير وقائى اخطار ابلاغ الاطراف المعنية بالشروع فى التحقيق (المادة ١/٣) ونتيجته (المادة ٢/٤م) وكذلك اللجنة بشكل تفصيلى (المادة ١/١٢).

يضاف الى ذلك وجوب اخطار الدول الاعضاء واللجنة المراقبة بالقوانين والتعليمات والانظمة الادارية المتصلة بتدابير الوقاية (المادة ٦/١٢) وجميع القوانين والانظمة والتدابير المرتبطة باتفاق الحماية (المادة ٨/١٢) ويلحق بذلك التدابير غير الحكومية (٩/١٢) .

- مبدأ حسن النية : ويأخذ طريقه للسريان بقيام العضو الراغب فى تطبيق تدبير وقائى او تمديد العمل به باجراء مشاورات مسبقة مع الدول الاعضاء المعنية من اجل التوصل الى تفاهم بهذا الشأن (المادة ٣/١٢) هذا الى جانب اخطار مجلس التجارة والسلع بنتائج هذه المشاورات .

ب) الضمانات الجماعية :

وهى تتحقق من خلال تأسيس لجنة للرقابة يطلق عليها لجنة الوقاية وتتبع مجلس التجارة فى السلع .

وتباشر هذه اللجنة المهام التالية :

١- الرقابة العامة على مدى تنفيذ اتفاق الوقاية وتقديم توصيات بتقرير مستوى للمجلس المذكور .

٢- الرقابة الخاصة فيما يتعلق بمدى الالتزام بشروط تطبيق التدابير الوقائية.

٣- تسلم الاخطارات الواردة فى الدول الاعضاء .

٤- رقابة مدى التصفية المرحلية للتدابير السابق فرضها قبل جات ٩٤ .

٥- فحص مدى ملائمة ايقاف التنازلات التى قد تقدم عليها دولة تم فرض تدبير وقائى فى مواجهتها .

وغنى عن البيان انه بجانب هذه الضمانات الخاصة ، والواردة فى اتفاق الوقاية (الحماية) ، هناك ضمانات تستمد من كل من اتفاقية مراكش لانشاء منظمة التجارة العالمية ، والتفاهم الخاص بتسوية المنازعات فيما بين الدول الاعضاء .

واذا كان نظام الحماية الذى اتى به اتفاق الجات لعام ١٩٩٤ ، وعلى النحو السابق بيانه يتم لغايات تجارية محضة ، فإن هناك تدابير حماية يسمح بها وفقا لذات الاتفاق اى الجات لحماية النظام العام بمعناه الواسع اى فيما يتعلق بكل من الاخلاق العامة والصحة من خلال المادة رقم ٢٠ من الجات ، او لمراعاة اعتبارات الامن القومى طبقا للمادة ٢١ من ذات الاتفاق (١) .

(١) انظر :

Carreau, Floy, Juillard, Droit international économique, L.G.D.J. Paris, 1990, P. 136

(٢) انظر فى ذلك :

Journal of World Trade Law.

(١) نص المادة ٢٠ من الجات المتعلقة بحماية النص العام ، والمادة ٢١ بشأن الامن القومى .

Art.20. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

- (a) necessary to protect public morals;
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- © relating to the importation or exportation of gold or silver;
- (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article 17, The protection of patents, trade marks and copyrights, and the

-
- prevention of deceptive practices;
- (e) relating to the products of prison labour;
 - (f) Imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;
 - (g) Relating to the conservation of exhaustible natural resources in such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;
 - (h) Undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the Organisation and not disapproved by it or which is itself so submitted and not so disapproved;
 - (i) Involving restrictions on exports of domestic materials necessary to assure essential qualities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan; Provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination;
 - (j) Essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply; provided that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures which are inconsistent with the other provisions of this Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist. The Organization shall review the need for this subparagraph not later than 30 June 1960.

Security Exceptions

Art 21. Nothing in this Agreement shall be construed

- (a) To require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests;

or

- (b) To prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests.
- (I) Relating to fissionable materials or the materials from which they are derived;

(II) Relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;

(III) Taken in time of war or other emergency in international relations;

or

© To prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.



الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا

**في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا
في قانون التجارة الجديد**

دكتور

جلال وفاء محمد

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

مقدمة

١. أهمية التنظيم القانوني لنقل التكنولوجيا :

تعتمد الدول النامية في تطوير صناعاتها الوطنية على التكنولوجيا المستوردة من الدول الصناعية ، لدرجة أنه قد يصعب القيام بتنفيذ خطط التنمية دون تنفق للتكنولوجيا من الخارج كأحد ركائز النهوض بالمشروعات التي تتضمنها تلك الخطط ^(١)، ومن هنا تبرز أهمية وجود تشريعات لتنظيم عمليات نقل التكنولوجيا وتحديد الإطار القانوني لها بهدف التأكد من حصول الدول - وبالذات النامية منها - على التكنولوجيا وفقاً لحاجاتها الفعلية ولضمان حماية المشروعات الوطنية من استغلال المشروعات الدولية المالكة لأحدث المعارف التكنولوجية ^(٢)، وبصفة خاصة فيما يتعلق من الحد من الشروط للتصفية

(١) في نفس المعنى راجع : الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية (مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٨٤) وبصفة خاصة في ص ص ٣ - ٥ ؛ وبصفة عامة : الدكتور ماجد محمد محمد علي ، عقد الترخيص الصناعي وأهميته للدول النامية - (رسالة دكتوراة - كلية الحقوق - جامعة القاهرة بدون سنة النشر) ؛ الدكتور نصيرة بوجمعة سعدي ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي (رسالة دكتوراة - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية ١٩٨٧). وفي الفقه الأجنبي :

Peter Takirambudde, Technology Transfer and International law (1980).

وبصفة خاصة في ص ص ١٤٦ - ١٤٧.

Russel B. Sunshine, legal Aspects of the Transfer of Technology (1977).

وبصفة خاصة في ص ص ٢٣١ - ٢٣٢.

WIPO, The Economic Importance of Industrial Property - Document E no. WIPO/LIC/MCT/98/1 (April 1998).

(٢) الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا (دراسة نقدية) ١٩٨٨ .

وبصفة خاصة في ص ص ٢ - ٣ : وفي أمثلة لهذه التشريعات

أو الشروط التقييدية *restrictive clauses* التي يدرجها عادة موردو التكنولوجيا في عقود نقل التكنولوجيا مع المشروعات المتلقية في الدول النامية^(٢). ومن أمثلة تلك الشروط : منع المشروع المستورد من تطوير التكنولوجيا محل عقد نقل التكنولوجيا ، بما في ذلك منعه من القيام بأي نشاط بحثي لتطوير المعارف الفنية. ومن ذلك أيضاً شرط استثناء مورد التكنولوجيا بتقديم كل احتياجات المشروع المستورد من الآلات أو مكونات الإنتاج أو غيرها ، حتى ولو كانت تلك الاحتياجات متاحة محلياً عن طريق مشروعات أخرى وطنية. ومن الشروط المقيدة أيضاً ذلك الشرط الذي يحد من حرية مستورد التكنولوجيا في القيام

Charles J. Conroy, Technology Transfer to China: Legal and Practical Considerations, 21 Stanford Journal of International Law pp 549 - 567 (1985).

وبصفة خاصة في ص ص ٥٥٢ - ٥٥٨. وفي التنظيم التشريعي لقوانين نقل التكنولوجيا في بعض دول أمريكا اللاتينية المعروفة باسم مجموعة الأنديان والتي تشمل كل من : بوليفيا ، بيرو ، الإكوادور ، كولومبيا ، فنزويلا ، راجع مقالة :

Dale B. Furnish, Foreign Investment and Transfer of Technology Laws and Regulations in the Andean Common Market Countries (Published in Legal Aspects of Doing Business in Latin America (1980).

(٣) راجع : الدكتور سميحة القليوبي ، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل

التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة ، العدد ٤٠٦ ، ص ص ٩٧ - ١١٧ (١٩٨٦) ؛

Heinz Bardehle, Negotiation Terms and Conditions of Technology Transfer Arrangements, Paper Presented in the Seminar on Intellectual Property Licensing and Dispute Resolution held in Cairo, March 9 and 10, 1998 under the auspices of the World Intellectual Property Organization (WIPO) and the Cairo Regional Centre for International Arbitration (1998).

بالإنتاج وذلك بوضع حد أدنى لحجم الإنتاج أو التدخل في تحديد ثمن المنتج أو ما شابه ذلك ^(٤).

وتتأكد ضرورة الحرص على وجود تشريعات لنقل التكنولوجيا بالنظر إلى اختلال التوازن في العلاقة التعاقدية بين موردي ومستوردي التكنولوجيا. فبينما يكون للشركات الدولية متعددة الجنسيات اليد العليا عند التعاقد لتمتعها باحتكار السوق العالمي للتكنولوجيا في قطاعاته المختلفة، تكون المشروعات المستوردة في الدول النامية في مركز تفاوضي ضعيف لحاجاتها الماسة إلى الحصول على التكنولوجيا، مما يعطي الفرصة للمشروعات الدولية لفرض شروطها، وبما يجرد مرحلة التفاوض - في أحيان كثيرة - من أي قيمة حيث تسلم عادة المشروعات المستوردة بكل شروط نماذج العقود التي عادة ما تصاغ بلغة أجنبية، ويقتصر دور المستورد على مجرد التوقيع على نموذج العقد ^(٥).

(٤) في شرح هذه الشروط المقيدة وغيرها، راجع: الدكتور محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، المرحع المشار إليه سابقاً، ص ٢٦ - ٣٤؛ الدكتور محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، وثيقة الوايو رقم WIPO-GIIL/IP/DUB/98/11 (١٩٩٨). وبصفة خاصة في ص ٢٧ - ٣٢.

(٥) راجع في أهمية مرحلة المفاوضات لعقود نقل التكنولوجيا: الدكتور سميرة القليوبي، التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا، بحث مقدم في ندوة النزاع في الملكية الفكرية وتسوية المنازعات، تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، المنعقدة في القاهرة في الفترة من ٩ - ١٠ مارس ١٩٩٨. وترى الأستاذة الدكتور سميرة القليوبي "أن تدريب فريق التفاوض من الأمور الهامة لاكتساب خبرات تقوي المراكز المتبادلة أثناء مرحلة التفاوض وتغيبهم علماً بما يجري عليه العمل سواء من ناحية مناورات التفاوض أو الطرق التي يلجأ لها عادة المتوط بهم مهمة التفاوض. وهذه التدريبات لها أكبر الأثر ليس فقط في مرحلة التفاوض بل وعلى امتداد مدة إبرام العقد وحتى الانتهاء من تنفيذه". كما تذكر سيادتها أن من مقومات تفاوض صاحب قدرته على تحديد رغبته، ومعرفة شخصية نظيره، كما تؤكد على ضرورة اشتراك-

٢. الجهود على المستوى الدولي :

أ - جهود الأمم المتحدة :

جرت محاولات عديدة على المستوى الدولي لرسم الأطر القانونية لنقل التكنولوجيا. ولعل أهم هذه الجهود تلك التي انبثرت لها الأمم المتحدة منذ عام ١٩٧٥ عندما قررت الجمعية العامة لها إحالة موضوع نقل التكنولوجيا إلى مؤتمر التجارة والتنمية "الانكباد" *UNCTAD* التابع لها ، وهو عبارة عن منظمة تعنى بمصالح الدول النامية حيث تم إنشاء لجنة لوضع تقنين موحد لسلوك نقل التكنولوجيا *Uniform Code of Conduct for the Transfer of Technology*^(١) . وبالفعل عرض مشروع هذا التقنين في مؤتمر نيروبي المنعقد في عام ١٩٧٦ في كينيا واعتمده المؤتمر ليصبح "مشروع مؤتمر التجارة والتنمية"^(٢) . وبسبب الاختلاف بين الدول المتقدمة والدول النامية حول

= القانوني الماهر مع المتخصصين أثناء هذه المرحلة واختيار رئيس فريق التفاوض من بين الشخصيات التي تتمتع بقوة الشخصية والقدرة على الاقتناع واتخاذ القرار ، راجع البحث المذكور في ص ٦ ، ص ٨ ، ص ٩ .

(٦) راجع تقرير الأمم المتحدة :

Major Issues Arising from the Transfer of Technology to Developing Countries, UNCTAD, TD/B/AC.11/10/ Rev. 2 (1975).

(٧) الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٨ - ٩ ؛ الدكتور محمد حسام لطفي ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا ، المشار إليه سابقاً ، ص ٦ . ومن الجدير بالذكر أن الأمم المتحدة قد استأنفت جهودها بعد ذلك . في عام ١٩٧٨ في مؤتمر دولي انعقد في جنيف بسويسرا ، ولم يتحقق في هذا المؤتمر أي تقدم ملموس . كما عقدت عدة مؤتمرات لاحقة في عام ١٩٨٠ و ١٩٨١ ولم يتحقق خلالها إلا تقدم ضئيل للغاية . ومن الجهود الدولية الهامة أيضاً جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية بالاشتراك مع *UNIDO* وذلك بإصدار دليل إرشادات لمفاوضات واتفاقيات الترخيص للدول النامية ، وكما سنشير لاحقاً ، راجع : -

نقاط كثيرة في هذا التقنين من أهمها مدى إلزاميته ، فإنه لم يتم إلى اليوم إقراره على المستوى الدولي . فبينما كانت الدول النامية ترى ضرورة إفراغ قواعد تقنين السلوك في اتفاقية دولية ملزمة ، كانت الدول المتقدمة ترى أن تكون هذه القواعد مجرد إرشادات يمكن للأطراف الأخذ بها أو تركها دون أي مسؤولية عليهم في هذا الخصوص ^(٨) . وبصفة خاصة كانت الدول النامية ترى أن التكنولوجيا يجب أن تكون ملكاً للإنسانية وليس احتكاراً لأحد ، ويمكن لأي شخص الحصول عليها نظير مقابل عادل ، بينما ترى الدول المتقدمة أن التكنولوجيا حق من حقوق الملكية وإن أمكن الترخيص بها بشروط تعاقدية مجزية ^(٩) .

ب - جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية :

كما قامت المنظمة العالمية الفكرية "الويبو" *WIPO* بجهود كبيرة وبإسهام واضح في موضوع نقل التكنولوجيا ، إذ أصدرت في عام ١٩٧٨ دليلاً للنواحي القانونية لمفاوضة وإعداد تراخيص الملكية الصناعية واتفاقات نقل التكنولوجيا المناسبة لاحتياجات البلدان

John H. Barton, Robert B. Dellenabach and Paul Kuruk, Toward a Theory of Technology Licensing, 25 Stanford Journal of International Law (1988 - 1989) pp. 195 - 229.

وبصفة خاصة في ص ص ٢١٢ - ٢١٣ .

(٨) راجع بصفة خاصة : الدكتور يوسف عبدالمهدي خليل الأكياي ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص (١٩٨٩) ، في ص ١٥ ؛ الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ١١ .

(٩) في دور التكنولوجيا كأداة للتنمية الاقتصادية ، أنظر :

Dr. Bart Verspagen, The Role of the Intellectual Property System in the Transfer of Technology, Paper Presented at the WIPO Arab Regional Symposium on the Economic Importance of Intellectual Property Rights, (Muscat February 22 to 24, 1999) at pp. 2 - 3.

النامية^(١٠). ويشتمل هذا الدليل على ثلاثة أبواب : الباب الأول ، عبارة عن مقدمة تضم مسائل أولية مثل العقبات التي تواجهها البلدان النامية في الحصول على التكنولوجيا ، وسبل نقل التكنولوجيا إلى البلدان النامية، وأهمية الترخيص في مجالي حقوق الملكية الصناعية وتقديم الدراية العملية ، والترتيبات القانونية لنقل التكنولوجيا. أما الباب الثاني، فهو بعنوان عملية للتفاوض ويشتمل على بيانات عامة ، واختيار مورد التكنولوجيا المحتمل والمستفيد المحتمل منها ، وإعداد عرض أو طلب توريد التكنولوجيا ، والمشتريين والوسطاء في المفاوضات ، والتفاوض حول شروط وأحكام معاملات نقل التكنولوجيا ، وتحديد التراخيص أو

(١٠) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية (المنظمة العالمية للملكية الفكرية - ويو - منشورات ويو رقم (A) 620 - حنيف ١٩٧٨).

ولقد كانت جولة أورجواي التي استمرت من عام ١٩٨٦ إلى عام ١٩٩٣ والتي تم التوقيع فيها على مجموعة من الاتفاقيات التي تستهدف تحرير التجارة وذلك في مدينة مراكش بالمغرب من أهم ملامح هذا القرن. فلقد تمخضت هذه الجولة عن إنشاء منظمة التجارة العالمية **World Trade Organization (WTO)** ، واتفقت كل من الدول الصناعية والدول النامية على تناول حقوق الملكية الفكرية من منظور تجاري خالص ، ولذا تم التوقيع على اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية والمعروفة باسم (تريس). ولم تلغ اتفاقية تريس الاتفاقيات الدولية القائمة في شأن الملكية الفكرية والملكية الصناعية ، بل هي تكملها وتعززها. ولما كان تطبيق اتفاقية تريس مع استمرار بقاء ونفاذ الاتفاقيات الدولية الكبرى في مجال الملكية الصناعية والملكية الفكرية يقتضي وجود نوع من التنسيق والتعاون بين منظمة التجارة العالمية **WTO** باعتبارها الهيئة التي تشرف على اتفاقية تريس ، وبين المنظمة العالمية للملكية الفكرية **WIPO** باعتبارها الهيئة التي تسهر على تطبيق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مجال الملكية الفكرية ، فلقد انعقد اتفاق بين هاتين المنظمتين في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٩٥ ، على أن يبدأ العمل به اعتباراً من الأول من يناير عام ١٩٩٦ ، ويقضي هذا الاتفاق بإيجاد نوع من التعاون بين هاتين المنظمتين فيما يتعلق بتطبيق اتفاقية تريس وغيرها من الاتفاقيات الدولية الأخرى. راجع :

Agreement between the World Intellectual Property Organization and the World Trade Organization (1995), Geneva WIPO Publications 1997.

الاتفاقيات المطلوب إبرامها ، وإعداد المستندات القانونية اللازمة . أما الباب الثالث ، فهو بعنوان ملاحظات تفسيرية وأمثلة ومن أهم ما يشتمل عليه هذا الباب : نطاق الترخيص أو الاتفاق ، والأوجه الخاصة بالبراءات ، وأوجه التقدم التكنولوجي ، والدراية العملية والمعلومات التقنية والخدمات والمساعدات التقنية ، والتسويق ، والتعويض (المكافأة - السعر - الأجر - العوائد *Royalties*) ، عدم الوفاء بالالتزامات ، وحل الخلافات ، والقانون الواجب التطبيق .

٣. الجهود على المستوى الوطني :

قامت بعض الدول بإصدار تشريعات وطنية لتنظيم انتقال التكنولوجيا . ولقد كانت الدول النامية هي أكثر الدول تحمساً لإصدار مثل تلك التشريعات ومثال ذلك : الهند ، البرازيل ، المكسيك ، الفلبين ، بيرو وغيرها ^(١١) . والحقيقة إن تلك الدول لم تجد بداً من إصدار

(١١) ويطلق البعض على تشريعات الدول النامية في مجال نقل التكنولوجيا مصطلح "التشريعات الدفاعية *Defensive Legislations*" على أساس أن الهدف الأساسي لتلك التشريعات هو الحفاظ على مصالح تلك الدول في مواجهة الشركات الدولية .

أنظر :

C. Wolcott Parker II, Licensing to Developing Countries (in Current Trends in Domestic and International Licensing 1977) pp. 403 - 427.

وبصفة خاصة في ص ص ٤١٠ - ٤١١ . ويضرب مؤلف هذه المقالة مثلاً بتشريع البرازيل الذي أوجب في عام ١٩٦٢ ضرورة تسجيل عقود نقل التكنولوجيا في البنك المركزي وإنشاء المعهد الوطني للملكية الصناعية في عام ١٩٧٠ للإشراف على تلك العقود وإعطاءه سلطة الموافقة عليها أو رفضها ، وكذلك تشريعات Ancom في عام ١٩٧٠ والتي تبنتها كل من بوليفيا وشلبي وكولومبيا والاكادور وبيرو وسوزيلا ، كما صدر في الأرجنتين قانون في عام ١٩٧١ لتنظيم التراخيص ونقل التكنولوجيا ، وفي المكسيك صدرت عدة قوانين كان من أهمها قانون نقل -

تشريعات داخلية لتنظيم نقل التكنولوجيا وذلك بسبب الفراغ التشريعي على المستوى الدولي واقتقاد وجود اتفاقية دولية في هذا الخصوص . ومما شجع الدول النامية على المبادرة بإصدار تشريعات داخلية أن التقنين الموحد للسلوك لم يضع قيوداً على حرية الدول عند سن تشريعاتها الوطنية بشأن نقل التكنولوجيا ، إذ أن الهدف الرئيسي للتقنين هو وضع إرشادات تهتدي بها الدول عند سن تشريعاتها الوطنية ، وبما لا يخل بحق أي دولة في أن تضع من القوانين ما يناسب ظروفها الاقتصادية والاجتماعية ويساعد على تنفيذ سياساتها الاقتصادية .

وفي مصر ، كان موضوع نقل التكنولوجيا محط اهتمام الفقه ، حيث ظهرت كتابات قيمة تعالج الموضوع في جوانبه المختلفة ^(١٢) . وكان لهذه الكتابات فضل تنبيه الجهات المختصة إلى حجم المشكلات

التكنولوجيا لعام ١٩٧٣ . راجع ص ٤١٢ - ٤١٦ من ذات المقالة . كما حدثت تعديلات

كثيرة على هذه القوانين من أمنتها تلك التي أدخلت على التشريع الأرحميتين :

Damian F. Beccar Varela, *Argentina Reserves Trend and Offers Protection for the Supplier of Technology (in Current Legal Aspects of Doing Business in Latin America, editor Stanley Stairs, ABA 1981). pp 65 - 70.*

(١٢) راجع : الدكتور حسام محمد عيسى ، نقل التكنولوجيا : دراسة في الآليات القانونية للتبعية

الدولية (دار المستقبل العربي ١٩٨٧) ؛ الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية

القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ؛ الدكتور ماجد عبدالحاميد عمار ، عقد الترخيص الصناعي

وأهميته للدول النامية - رسالة دكتوراة - كلية الحقوق - جامعة القاهرة (بدون سنة النشر) ؛

الدكتور سعيد مجي ، تنظيم المعرفة التقنية بين مشروع التقنين الدولي ومشروع القانون المصري

(منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٨٦) ؛ الدكتور يوسف عبدالحادي خليل الاكياي ، النظام

القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص ١٩٨٩ ؛ الدكتور محمود الكيلاني ،

جزاء الإحلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا - رسالة دكتوراة - جامعة القاهرة

١٩٨٨ .

والصعوبات التي تواجه المشروعات المصرية المستوردة للتكنولوجيا. فقامت أكاديمية البحث العلمي في الثمانينات بوضع "مشروع قانون تنظيم نقل التكنولوجيا". وكان هذا المشروع يتألف من سبعة فصول تضم سبع عشرة مادة. الفصل الأول: أحكام تمهيدية ، الفصل الثاني : تسجيل العقود ، الفصل الثالث : الضمانات ، الفصل الرابع : تسوية المنازعات والقانون الواجب التطبيق ، الفصل الخامس : الاختصاصات ، الفصل السادس : الجزاءات ، والفصل السابع : أحكام ختامية . ولقد كان هذا المشروع محلاً لدراسات وتحليل فقهي على أمل من قيام المشرع المصري بالأخذ به ^(١٣). على أن وزارة العدل المصرية كانت قد انتهت في عام ١٩٩٧ من إعداد مشروع قانون التجارة المصري والذي ضمنته نصوصاً خاصة بنقل التكنولوجيا ^(١٤). وأخيراً ، صدر قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ضمناً لفصل خاص بعنوان نقل التكنولوجيا وذلك في المواد من ٧٢ إلى ٨٧ ^(١٥).

خطة الدراسة :

وفيما يلي نعرض للتنظيم القانوني لنقل التكنولوجيا كما جاء في نصوص قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، مقارناً بالتقنين الدولي للسلوك والدليل الذي أعدته المنظمة العالمية للملكية الفكرية.

(١٣) راجع بصفة خاصة الدراسة الهامة للدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا - دراسة نقدية (١٩٨٨).

(١٤) في التعليق على نصوص مشروع قانون التجارة الخاصة بنقل التكنولوجيا ، راجع : الدكتور محمد حسام محمود لطفي ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ١٨ -

وسوف نحاول إبراز عدد من المسائل الجوهرية في عقود نقل التكنولوجيا وبصفة خاصة : التفاوض ، انعقاد العقد ، نطاق نقل التكنولوجيا ، التزامات الأطراف والشروط التقيدية .

تقسيم :

المطلب الأول : التفاوض على نقل التكنولوجيا .

المطلب الثاني : إبرام عقد نقل التكنولوجيا .

المطلب الثالث : الالتزامات المتبادلة في عقد نقل التكنولوجيا .

المطلب الرابع : الشروط التقيدية .

المطلب الأول

التفاوض على نقل التكنولوجيا

أولاً - أساسيات المفاوضات :

عقد نقل التكنولوجيا - كغيره من العقود - تسبقه عادة مفاوضات بين طرفيه المورد والمستورد للتكنولوجيا. ولما كان هذا العقد له صبغة دولية ، في أغلب الأحوال ، فإن مفاوضاته تكون دقيقة ومتشعبة وأحياناً شاقة ومعقدة ، إذ تناقش خلال تلك المفاوضات تفاصيل كثيرة يتعاون في دراستها أهل الخبرة الفنية إلى جانب رجال القانون . وقد تستغرق فترة التفاوض ، لإعداد المستندات الفنية والقانونية التي تعكس مفهوم الأطراف لشروط التعاقد، وقتاً طويلاً^(١٦). وفي الغالب لا تقل مدة المفاوضات عن ستة أشهر وقد تصل هذه المدة إلى عامين وربما إلى ثلاثة أعوام في بعض الأحوال^(١٧). وعادة ما يقوم المشروع المورد للتكنولوجيا بالإعداد الأولي للمستندات القانونية اللازمة ، باعتباره صاحب الخبرة والأقدر على عرض شروطه لانتقال التكنولوجيا؛ ومع ذلك ، فإنه ينصح باشتراك الفنيين والقانونيين عن المستورد خلال المراحل الأولى للمفاوضات مما يدعم موقفه التفاوضي إذا ما شارك هؤلاء بنشاط أكبر في صياغة شروط العقد بالفعل^(١٨).

(١٦) في معنى قريب : الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٦١ وما بعدها ؛ دليل الترخيص المُنْدَ لصالح البلدان النامية ، من إصدارات المنظمة العالمية الفكرية (الويو) ، للرجوع المشار إليه سابقاً ، فقرة ١٠٠ ، ص ٤٠.

(١٧) دليل الترخيص المُنْدَ لصالح البلدان النامية . سابق الإشارة إليه ، فقرة (١٠٠) ، ص ٤٠.

(١٨) دليل الترخيص المُنْدَ لصالح البلدان النامية . السابق الإشارة إليه ، فقرة (١٠٩) ، ص ٤١.

وتجرى المفاوضات حول المسائل الجوهرية للعقد مثل تحديد مضمون التكنولوجيا التي يحتاجها المستورد وما قد يستلزمه ذلك من إبرام عقود مجاورة مثل شراء معدات أو آلات أو أجهزة أو مواد أولية ، وكذلك تحديد ثمن أو جعل التكنولوجيا *Royalties* ، والتزامات كل من الطرفين ، والضمانات ، وتسوية الخلافات بين الطرفين أثناء سريان العقد^(١٩) . ومما يزيد في تعقيد المفاوضات اختلاف لغة التخاطب بين الطرفين ، وبما قد يضاعف شدة الخلاف بينهما حول بعض المفاهيم والمصطلحات والشروط الجوهرية للعقد نفسه .

ولقد تكلم التقنين الموحد للسلوك عن مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا ، وأورد مجموعة من المبادئ التي ينبغي على الأطراف اتباعها ومن ذلك مبدأ حسن النية أو ما يطلق عليه باللغة الإنجليزية *The principle of good faith* . ومن ذلك أن المشروع المورد للتكنولوجيا - الذي عادة ما يكون من الدول الصناعية - عليه أن يراعي أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية في دولة المستورد ، والتي تكون في الأغلب إحدى الدول النامية . كما أنه يتعين على كل طرف ، في مرحلة التفاوض ، أن يراعي مصالح الطرف الآخر ولا

(١٩) ومع ذلك فقد يواجه فريق التفاوض من الدول النامية "مأن الطرف مالك أو حائز التكنولوجيا قد حدد نقاط خارج التفاوض وهي عادة العناصر الرئيسية للتكنولوجيا محل العقد ، تاركاً باقي الموضوعات غير المؤثرة مئياً للتفاوض ، كما هو الشأن عند بحث موضوع إمداد المورد لطالب التكنولوجيا بقطع الغيار أو الصيانة أو وسائل النقل والتزويد والتأمين دون المساس بعناصر التكنولوجيا الرئيسية وسر تركيبها وقيمتها . ولا شك أن هذا الأسلوب منتشر في سوق التكنولوجيا حيث يسع من قوة مركز مانع التكنولوجيا الاحتكاري في السوق العالمي" . أنظر : الدكتور سميحة القليوبي ، التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ٨ .

يبيخسه حقوقه^(٢٠) . فمثلاً على المورد الإقبال على المفاوضات بروح التعاون من أجل إبرام العقد بشروط معتدلة وبصفة خاصة فيما يتعلق بالثمن المدفوع للتكنولوجيا ، واستخدام الموارد المحلية للمستورد واستخدام العاملين المدربين محلياً ، وكذلك تدريب العاملين المحليين لاستيعاب التكنولوجيا الجديدة^(٢١) . كما أنه ينعين على مورد التكنولوجيا أن يكشف للمستورد عن الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال ، وعليه أن يطلعه على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار^(٢٢) . ومن ثم فلا يكفي أن تكون التكنولوجيا المراد نقلها جديدة أو ذات قيمة في حد ذاتها ، بل يجب على المورد الإفصاح للمستورد بأمانة عن المخاطر البيئية والصحية لهذه التكنولوجيا وبصفة خاصة في قطاع تكنولوجيا الكيماويات والأدوية وغيرها . وعلاوة على ذلك ، يلتزم المورد بالكشف للمستورد عن الدعاوى القضائية وغيرها من العقبات التي قد تعوق الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لاسيما ما يتعلق منها ببراءات الاختراع^(٢٣) ، ومثال ذلك أنه يتعين على المورد أن يصرح عن ما إذا كانت هناك منازعة قضائية بشأن صحة براءة الاختراع الحاصل عليها والتي تغطي التكنولوجيا المنقولة وكذلك التصريح عن مدة البراءة وما إذا كانت ستنقضي بعد

(٢٠) الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٦ .

(٢١) في نفس المعنى : الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية المرجع السابق ، ص ٣٦ - ٣٧ .

(٢٢) المرجع السابق ، ص ٣٧ .

(٢٣) المرجع السابق ، ص ٣٧ .

فترة زمنية أقصر من مدة عقد نقل التكنولوجيا ذاته . كما يلتزم المورد بأن يصرح عن أحكام القانون المحلي بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا ، ومن ذلك التصريح بالقيود الخاصة بشروط التصدير وحجمه والرسوم والضرائب المفروضة عند التصدير .

ثانياً . الحفاظ على السرية في المفاوضات :

السرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا لها وجهان . فهي تعني من ناحية أولى سرية المفاوضات والمناقشات التي تجرى بين الطرفين من حيث شروط إبرام الصفقة وغيرها من التفاصيل الأخرى . كما تعني السرية من ناحية أخرى سرية التكنولوجيا موضوع العقد ، وهو أمر على درجة كبيرة من الأهمية . ذلك أن التكنولوجيا التي يجري التفاوض بشأنها قد تكون في شكل معرفة فنية *Know-How* أي تكنولوجيا غير مغطاة ببراءة اختراع . وسرية الابتكار قد تكون في المنتج ذاته *The Product* أو في الآلة *Machine* أو في الجهاز *Apparatus* أو في طريقة التركيب أو طريقة التصنيع *Process* (٢٤) .

ويتنازع المفاوضات بين المورد والمستورد اتجاهان متعارضان . فبينما يحاول المورد المحافظة على سرية التكنولوجيا التي يمتلكها إلى أقصى الدرجات وإلا تسربت وأصبحت مشاعاً فيفقد السيطرة على استغلالها بأسلوب استثنائي ، يحاول المستورد في نفس الوقت

(٢٤) الدكتور جلال وفاء محمد ، "فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها" (دار الجامعة

الجديدة - الاسكندرية ١٩٩٥) ، ص ٢٤ - ٣٣ ؛ وفي تعريف المعرفة المية ، راجع :

الدكتور حسام محمد عيسى ، نقل التكنولوجيا ، دراسة في الآليات ... مرجع المشار إليه سابقاً .

الإطلاع والتعرف على الجوانب المختلفة لتلك التكنولوجيا حتى يتأكد من جدواها له والاطمئنان إلى أن المقابل أو الثمن المدفوع يُعد ثمناً عادلاً لما سيحصل عليه. ومن هنا ينشب الصراع في مرحلة التفاوض : فالمرء يميل إلى المحافظة على السرية إلى أقصى الدرجات ، بينما يسعى المستورد إلى كشف تلك السرية (٢٥).

ويحاول كل طرف الاحتياط لنفسه خشية فشل المفاوضات. ومن المألوف في العمل أن يحصل المرء من المستورد على تعهد بعدم إفشاء الأسرار التكنولوجية *Agreement of Secrecy* التي يتم الحصول عليها أو التعرف عليها أثناء المفاوضات (٢٦). وعادة ما يقوم المستورد بالتوقيع على هذا التعهد ضمن الأوراق التي يرسلها المرء في المراحل التمهيديّة للمفاوضات ، إذ أن امتناع المستورد عن توقيع التعهد المذكور يمكن أن يؤدي إلى ولأد المفاوضات قبل أن تبدأ. ويترتب على ذلك التعهد التزام المستورد وخبرائه ، سواء التابعين له مباشرة أم أولئك الخبراء الأجانب الذين يتم الاستعانة بهم لفحص التكنولوجيا ، بعدم الإفشاء. ويكون المستورد مسؤولاً عن التعويض في حالة عدم الالتزام بالمحافظة على السرية (٢٧).

(٢٥) المذكورة صميحة القليوبي ، التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ١١.

(٢٦) المذكورة صميحة القليوبي ، البحث السابق ، ص ١٣ ؛ الدكتور عمن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٦٢ - ٦٣.

(٢٧) وفي هذا الخصوص تنص المادة ١/٨٣ من قانون التجارة على أن "يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها ، وبسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على =

وتتصر بعض الشركات الكبرى - إمعاناً في الحفاظ على السرية - على إجراء مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا في مكاتبها وفي حضور عدد محدود جداً من خبراء كل من الطرفين حتى لا يحدث تسرب للمعلومات الفنية^(٢٨). ذلك أن ترغيب المستورد في التكنولوجيا وبيان جدواها له قد يتطلب عرض بعض الرسوم أو إجراء بعض التجارب أو عرض نماذج معينة ، ومن ثم ترفض الشركات الكبرى إجراء المفاوضات في مكان آخر غير مكاتبها وتحت إشرافها وحرصتها خوفاً من تعرضها للسطو على أسرارها كأحد صور الجاسوسية الصناعية *Industrial Espionage* . كما تجري عادة الشركات المالكة للتكنولوجيا على عدم الإفصاح عن جميع الأسرار التكنولوجية ، وبحيث لا يتم إفشاء إلا القدر الضروري جداً لتعريف المستورد على جدوى التكنولوجيا له ، وبحيث تكون المعلومات المصرح بها خلال المفاوضات غير كافية بذاتها لإدراك كافة الأسرار التكنولوجية أو لاستغلال المعارف محل المفاوضات^(٢٩).

وقد يطلب مالك التكنولوجيا من المستورد تقديم كفالة مالية كخطاب ضمان مثلاً أو القيام بإيداع مبلغ لدى أحد البنوك كضمانة ،

= إبرام العقد أو بعد ذلك". وهذا يعني أن الالتزام بالسرية في مرحلة المفاوضات أو بعد إبرام العقد أصبح يجد أساسه في القانون نفسه. كما يلاحظ أن الالتزام بالسرية هو التزام متبادل بين طرفي العقد ، إذ تنص المادة ٢/٨٣ من ذات القانون على أنه "وكذلك يلتزم المورد بالمحافظة على سرية التحسينات التي يدخلها المستورد وينقلها إليه بموجب شرط في العقد ، وبسأل المورد عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية".

(٢٨) الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرحع المشار إليه سابقاً ، ص

٦٣.

(٢٩) في معنى قريب ، المرحع السابق ، ص ٦٣.

وذلك للتأكد من عدم الإخلال بشرط المحافظة على السرية ، وبحيث يجوز للمورد القيام بتسييل خطاب الضمان مثلاً إذا فشلت المفاوضات وأخل المستورد بالتزامه بالسرية وعدم الإفشاء^(٣٠) . أما إذا نجحت المفاوضات وتم إبرام العقد ، فعادة ما تعتبر الكفالة المالية جزءاً من الثمن الذي يدفع في مقابل التكنولوجيا . وإذا كان المورد يحتاط لنفسه بتطلب الكفالة المالية ضماناً لعدم إفشاء جوانب التكنولوجيا التي تنمو إلى علم المستورد أثناء المفاوضات ، فإن على المستورد كذلك أن يتحوط لنفسه فيتوخى الحذر بأخذ التدابير الكفيلة لاسترداد قيمة الكفالة المقدمة منه إذا ما فشلت المفاوضات - دون إخلال بالسرية - بأن ينص في التعهد المقدم منه بالالتزام بعدم الإفشاء على كيفية وميعاد استرداد تلك الكفالة^(٣١) .

(٣٠) وهذه الوسيلة من وسائل الضمان غالباً ما يلجأ إليها الطرفان في أول تعامل لهما نظراً لعدم رسوخ الثقة بينهما . المذكورة سميحة القليوبي ، التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ١٥ .

(٣١) المذكورة سميحة القليوبي ، البحث السابق ، ص ١٥ . المذكور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٦٤ .

المطلب الثاني

إبرام عقد نقل التكنولوجيا

أولاً - تحرير العقد :

يعتبر إبرام عقود نقل التكنولوجيا من أشق الأمور على القانونيين بالنظر إلى الاعتبارات الفنية والهندسية والمحاسبية التي تكتنف موضوع العقد . ولذا فإن الاستعانة برجال الخبرة الفنية إلى جانب رجال القانون أمر لا محيص عنه لنجاح صياغة مثل تلك العقود . وإضافة إلى التعقيدات الفنية التي تواجه رجل القانون ، فإن اللغة التي يتم بها تحرير العقد تُعد مشكلة أخرى دقيقة . فالأغلب أن تكون عقود نقل التكنولوجيا بين طرفين مختلفي الجنسية . كما يجري العمل الدولي على تحرير تلك العقود باللغة الإنجليزية حتى ولو كان العقد مبرم بين طرفين ليست لغتهما الأولى الإنجليزية . فمثلاً عقد نقل تكنولوجيا بين شركة مصرية وشركة ألمانية عادة ما يكون مكتوباً باللغة الإنجليزية ، مع احتمال وجود ترجمة له بلغات الأطراف . على أنه ليس هناك ما يمنع من قيام الطرفين بتحرير العقد بعدة لغات ، على أن تكون هناك لغة معتمدة عند الاختلاف حول مدلول الألفاظ والمصطلحات .

وعادة ما يتبع في صياغة العقود الدولية لنقل التكنولوجيا الأسلوب الأنجلوسكسوني في الصياغة ، إذ يتضمن العقد ديباجة مطولة *Preamble* توضح أهداف العقد والرغبة المشتركة بين أطرافه في التعاون والإشارة إلى ملكية المورد للتكنولوجيا المراد نقلها إلى المستورد والتأكيد على ما يعوله الأطراف على ضرورة الاحتفاظ بسرية

المعلومات المتبادلة بينهما وغيرها من الأمور^(٣٢) . ثم يتبع ذلك فصل بقائمة للتعريفات *Definitions* بالإصطلاحات الرئيسية التي تتكرر في العقد والتي يعول الأطراف على إعطائها مدلول معين في عقدهم^(٣٣) . ثم يسرد العقد الالتزامات المتبادلة بين الطرفين وموضوع العقد والأداءات المختلفة والقانون الذي يحكم العقد وطرق تسوية المنازعات بين الطرفين عند نشوب الخلاف بينهما^(٣٤) . ومن المألوف جداً أن تكون عقود نقل التكنولوجيا مصحوبة بملاحق عديدة . وتتوزع هذه الملاحق: فتكون هناك ملاحق للتصميمات الهندسية ، وملاحق وثائقية ، وملاحق محاسبية وغيرها . وعادة لا يغفل الأطراف النص في العقد على اعتبار هذه الملاحق جزءاً لا يتجزأ من العقد نفسه ، وهذا أمر على درجة قصوى من الأهمية .

ولقد نصت المادة ١/٧٤ من قانون التجارة المصري على أنه "يجب أن يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوباً وإلا كان باطلاً" . والحقيقة أن كتابة عقود نقل التكنولوجيا تكاد تكون من الأمور المسلم بها حتى دون النص عليها . ذلك أن هذه العقود عادة ما تمتد إلى فترة طويلة من الزمن ، فيحتاج الأطراف إلى أداة لإفراغ حقوقهم والتزاماتهم حتى يمكن الاحتجاج بها عند نشوب الخلاف ، وبصفة خاصة أن هؤلاء الأطراف ما يكونون من جنسيات مختلفة ، فكانت الكتابة وسيلة جوهرية للثبات . صحيح أن عقود نقل التكنولوجيا من العقود التجارية التي كان من المفروض أن يكون جائز اثباتها بكافة طرق الإثبات ، لكن هذا لا يمنع

(٣٢) دليل التراجع المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ٤٨ - ٤٩ .

(٣٣) المرجع السابق ص ٤٨ - ٤٩ .

(٣٤) المرجع السابق ، ص ٥٠ - ٥١ .

أن كتابة العقد تسهل هذا الإثبات إلى أبعد الحدود. على أنه طبقاً للمادة ٧٤ من قانون التجارة ، فإن الكتابة في عقد نقل التكنولوجيا ليست فقط لازمة لإثباته ، بل أصبحت ركناً من أركانه أو شرطاً من شروطه . فأصبحت الكتابة لذلك شرطاً شكلياً لانعقاد عقد نقل التكنولوجيا ، يترتب على تخلفها بطلان هذا العقد طبقاً للقانون المصري .

ولعل قصد المشرع المصري من استلزام الكتابة ليس فقط تنبيه الأطراف إلى خطورة وأهمية تصرفهم واتخاذ الحيطة والحذر بضرورة إفراده في محرر مكتوب ، ولكن أيضاً إتاحة الفرصة للجهات المختصة لمراقبة عقود نقل التكنولوجيا من حيث الشروط الواردة فيها ^(٣٥) . وكان هذا القصد واضحاً ومنطقياً ومتكاملاً في ظل مشروع نقل التكنولوجيا الذي كانت قد اقترحتة الأكاديمية في الثمانينات (مشروع الأكاديمية) ولم يأخذ به المشرع المصري . فقد كان مشروع الأكاديمية يوجب تسجيل عقود نقل التكنولوجيا وذلك بالنص في المادة الخامسة من ذلك المشروع على أن "يتم التعاقد على نقل التكنولوجيا بما لا يخالف الأحكام والضوابط الواردة في هذا القانون ولا يعتبر العقد نافذاً إلا بعد تسجيله....." فكان مشروع الأكاديمية اختار نظام التسجيل كوسيلة لفرض الرقابة على عقود نقل التكنولوجيا ولضمان خضوعها للضوابط والأحكام الواردة بالمشروع نفسه . وكان مشروع الأكاديمية يتضمن في

(٣٥) وترى الدكتور سميحة القليوبي أن "قصد المشرع المصري من اشتراط كتابة عقد نقل التكنولوجيا وإلا كان باطلاً وكذلك بيان راي للمعرفة الفنية عمل العقد بكامل مستنداتها ودراساتها ، حماية الطرف متلقي التكنولوجيا في مواجهة مورد التكنولوجيا وتحديد التزامات الأطراف كتابة معاً للحلقات التي تنهي عالماً لصالح مورد التكنولوجيا" ، البحث المشار إليه سابقاً بعنوان التفاوض في عقود التكنولوجيا ، ص ٤ - ٥ .

المادة السابعة منه حالات محددة لا يجوز فيها تسجيل العقود ، وبحيث يعتبر العقد غير نافذ ، ومن ثمّ يستطيع أي من أطرافه الامتناع عن تنفيذه ولا يجوز للطرف الآخر أن يطلب التنفيذ الجبري للعقد^(٣٦) . أما قانون التجارة فقد أغفل عمداً النص على تسجيل عقود نقل التكنولوجيا ، وبذلك أعدم الرقابة على تلك العقود على الرغم مما يحققه نظام التسجيل من مزايا كثيرة ، منها على سبيل المثال: التحقق من المقابل المدفوع وتناسبه مع قيمة التكنولوجيا المقدمة ، وإمكانية دراسة وتحليل نوعيات التكنولوجيا المنقولة ومدى توافرها محلياً أو من جهات أخرى وانعكاس ذلك كله على الاقتصاد القومي .

ثانياً . أطراف العقد :

ينعقد عقد نقل التكنولوجيا بين مشروعين : الأول هو طالب التكنولوجيا أو مستوردها والثاني هو مورد التكنولوجيا . والغالب أن يبرم العقد بين مشروعين أحدهما من دولة صناعية كبرى والثاني من دولة نامية . على أنه ليس هناك ما يمنع من أن تبرم عقود نقل تكنولوجيا بين مشروعين كليهما من دولتين صناعيتين كبيرتين ، كعقد بين مشروعين أحدهما ياباني والثاني أمريكي .

ويفضل البعض إطلاق اصطلاح "المانح" على الطرف الأول المالك أو الحائز للتكنولوجيا^(٣٧) ، أما قانون التجارة المصري فلقد استخدم لفظ "مورد التكنولوجيا" وكان مشروع الأكاديمية يستخدم نفس

(٣٦) الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المشار إليه سابقاً ،

ص ص ٤٢ - ٤٣ .

(٣٧) الدكتور محمد حسام لطفى ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا ، المشار إليه سابقاً ، ص ١٦ .

اللفظ الأخير . أما بالنسبة لطالب التكنولوجيا فيفضل البعض تسميته "بالمتلق"، أما قانون التجارة المصري فلقد أطلق عليه لفظ "المستورد".

وعادة ما يذكر في ديباجة العقد مصدر حيازة المورد للتكنولوجيا وهل هو مبتكرها أم تلقاها بعقد من العقود كعقد بيع أو تنازل أو بعقد ترخيص ؟ وإذا كان قد تلقاها بعقد ترخيص ، فهل له إعادة الترخيص للأخرين باستعمالها ؟ وإذا كان أساس ملكية المورد للتكنولوجيا هو براءة اختراع ، فيجب أن تذكر بياناتها مثل تاريخ الحصول على البراءة وبلد التسجيل ومدتها ؛ وإذا كانت هناك دعاوى قضائية مرفوعة ضد مالك البراءة ، فيتعين عليه أن يذكر ذلك (٣٨).

وتنص المادة ١/٧٢ من قانون التجارة المصري على أن تسري أحكام هذا الفصل على كل عقد نقل تكنولوجيا لاستخدامها في جمهورية مصر العربية سواء أكان هذا النقل دولياً يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر أم داخلياً ، ولا عبء في الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحال إقامتهم.

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري قد أراد أن يتم تطبيق أحكام نقل التكنولوجيا الواردة في القانون على أوسع نطاق ، سواء كان نقل التكنولوجيا يتم بالدولية أي يقع عبر الحدود الإقليمية المصرية أو داخلياً ودون أي اعتبار لجنسية أطراف العقد أو لموطنهم . وعليه ، يخضع للقانون جميع عقود نقل التكنولوجيا التي تنفذ في مصر أي تلك التي يكون الغرض من انعقادها استخدام التكنولوجيا موضوع

(٣٨) في معنى قريب ، راجع : دليل التراجع المعد لصالح البلدان النامية ، ص ٤٨

العقد في مصر ، وذلك بصرف النظر عن المكان الذي أبرم فيه العقد وسواء كان محل إبرام العقد في مصر أم في الخارج . ذلك أنه في غير قليل من الحالات قد تبرم عقود نقل التكنولوجيا في الخارج لسبب أو لآخر ، فأرثأى المشرع المصري ضرورة وضوح معيار سريان أحكام نقل التكنولوجيا في القانون ، وبحيث يقطع دابر الخلاف حول القانون الواجب تطبيقه على العقد ، فاختار لذلك معيار تنفيذ العقد كأساس لتطبيق القانون المصري .

ورغم أن واقع الحال يفرض أن تكون عمليات نقل التكنولوجيا إلى مصر واردة من الخارج ، وأن تكون لهذه العمليات الصبغة الدولية ، أي بين مشروعات تعمل في مصر ومشروعات خارج مصر ، إلا أن المشرع "رأى ضرورة تطبيق أحكامه ، وحتى لا يلجأ المورد الأجنبي للتكنولوجيا - تهرباً من أحكام المشروع - إلى نقل التكنولوجيا إلى المشروعات المصرية عن طريق مشروعاته العاملة بالفعل في مصر" . فلولاً هذا الحكم المنصوص عليه في المادة ١/٧٢ من قانون التجارة لكان بمقدور الشركات الدولية الإقلاات من الخضوع للقانون المصري وذلك بإبرام عقود نقل التكنولوجيا مع المشروعات المصرية عن طريق شركاتها الوليدة العاملة في مصر والتي تتمتع بالشخصية الاعتبارية والجنسية المصرية طبقاً لقواعد جنسية الشخص الاعتباري .

وسواء كان نقل التكنولوجيا يتم داخلياً عبر شركات وليدة أو فرع لشركة أجنبية في مصر مثلاً ، أو كان نقل التكنولوجيا دولياً أي عبر الحدود الإقليمية لمصر ؛ ففي الحالتين لا عبرة لجنسية أطراف اتفاق نقل التكنولوجيا أو لموطنهم . ويراعى أن عبارة "ولا عبرة في

الحالتين لجنسية أطراف الإتفاق أو لمحال إقامتهم" لم تكن موجودة في مشروع أكاديمية البحث العلمي أو (مشروع الأكاديمية) ، فالمادة الأولى من هذا المشروع الأخير كانت تتضمن عبارة أخرى وهي "..... أو بين أطراف مقيمة أو غير مقيمة أو شركات أنشئت أو تنشأ داخل الحدود المصرية أو خارجها أو كان أحد الأطراف فرعاً أو شركة وليدة يمتلكها أو يشرف عليها شخص أجنبي". والحقيقة إن العبارة الواردة في نص المادة ١/٧٢ من قانون التجارة بعدم الاعتراف بجنسية أطراف الإتفاق أو موطنهم هي عبارة أشمل وفي نفس الوقت أدق من تلك العبارة التي كان منصوصاً عليها في المادة الأولى من مشروع الأكاديمية ، إذ أن عبارة ذلك المشروع كانت تفتح الباب للاختلاف حول تفسير متى تعتبر الشركة وليدة أو فرعاً ؟ ومتى تكون تحت إشراف شخص أجنبي ؟ وهل يقصد بالإشراف السيطرة ؟ وإذا كان المقصود بالإشراف هو السيطرة ، فما هو معيار تلك السيطرة ؟ (٣٩).

ثالثاً - موضوع العقد :

يحرص أطراف العقد على وصف وتحديد التكنولوجيا محل العقد . وعادة ما يكون هذا الوصف تفصيلياً وموثقاً بالملاحق التي تشمل على دقائق تلك التكنولوجيا والمعلومات الجوهرية عنها وكذلك التصميمات والرسوم والصور الخاصة بها ، وكذلك ملحق بالأجهزة والآلات التي تستخدم وملحق بالمواد الأولية اللازمة للإنتاج وملحق ببيان قطع الغيار ، ودليل التعليمات والإرشادات الخاص بتركيب

(٣٩) راجع في نقد المادة الأولى من مشروع أكاديمية البحث العلمي ، الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المشار إليه سابقاً ، ص ١٤ - ٢٧ .

الأجهزة وإعدادها للتشغيل والصيانة والإنتاج والتخزين^(٤٠)، ويجري العمل على وضع التاريخ على هذه الملاحق مع توقيع الأطراف على جميع صفحاتها لإرفاقها بالعقد. وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٢/٧٤ من قانون التجارة على أنه "ويجب أن يشتمل العقد على بيان عناصر المعرفة وتوابعها التي تنقل إلى مستورد للتكنولوجيا. ويجوز أن يرد ذكر هذا البيان مصحوباً بدراسات الجدوى والتعليمات والتصميمات والرسومات الهندسية والخرائط والصور وبرامج الحاسب الآلي وغيرها من الوثائق الموضحة للمعرفة في ملاحق ترفق بالعقد وتعتبر جزءاً منه".

ولقد أشار التقنين الموحد للسلوك في مادته الأولى إلى أن نقل التكنولوجيا هو عبارة عن نقل المعرفة المنهجية *Transfer of Systematic Knowledge* (أي المعرفة الفنية) وذلك لاستعمالها في إنتاج السلع أو لتطبيق طريقة صناعية أو لأداء خدمات^(٤١)، وعليه، يعتبر داخلاً طبقاً لهذا التعريف في مفهوم نقل التكنولوجيا : الترخيص بعناصر الملكية الصناعية مثل براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والمعرفة الفنية والأسرار التجارية *Know-How and trade secrets* ، وعقد تسليم المفتاح *Turn-key contract* ، وعقود المساعدة الفنية

(٤٠) دليل الترخيص المعد لصالح البلدان النامية، المشار إليه سابقاً، ص ٥٠ - ٥١؛ الدكتور محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ١٦ - ١٨.

(٤١) يقول النص باللغة الإنجليزية إلى أن :

"Transfer of Technology under this code is the transfer of systematic knowledge for the manufacture of a product, for the application of a process or for rendering of a service"

Technical assistance contracts ، وعقود البحث والتدريب
Contracts of research and training ، وغيرها ^(٤٧) . واستبعد تقنين

(٤٨) راجع :

Kari Sipilä, Intellectual Property Valuation and Exploitation, Lecture Presented at the WIPO Arab Regional Symposium on the Economic Importance of Intellectual Property, (Muscat, February 22 to 24, 1999) WIPO/IPR/MCT/99/2 (February 1999).

وراجع بصفة خاصة : دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٥٠ - ٥١ ، ص ٦٣ - ٨٠ . وفي هذا الخصوص ، فإن عقد الترخيص يمكن تعريفه بأنه عقد يلتزم به صاحب حق ملكية صناعية (مثل براءة اختراع ، معرفة فنية ، علامة تجارية أو نموذج صناعي أو اسم تجاري ، بأن يمنح شخصاً آخر الحق في الاستغلال لمدة معينة في نظير مقابل معين . ويمكن تعريف عقد تسليم المفتاح في اليد بأنه عقد يلتزم بموجبه المفاوض قبل رب العمل بإتمام عمليات بناء المشروع والتوريد للألات والأجهزة وتركيبها وتجربتها والإعداد لتشغيل مع التزام المفاوض بتقديم المعرفة الفنية حتى تمام تشغيل المصنع بكامل كفاءته وطاقته مع تدريب العمال التابعين لرب العمل . أما عقد البحث والتدريب فيقتضاه يلتزم المورد بالقيام بأبحاث معينة بمفرده أو بمساعدة المستورد ، أو عن طريق التعاون بينهما بتبادل المعلومات والبيانات والوثائق ، كما قد يشمل هذا العقد تدريب عاملي للمستورد على استخدام المعارف التكنولوجية المرخص بها أو الأجهزة والمعدات المشتراة . ويلاحظ أن دليل الإرشادات الذي وضعه اليونيدو UNIDO يشمل على مظاهر وأدوات أخرى لنقل التكنولوجيا إضافة لما ذكرناه مثل : *Individual experts* وموجب هذه الوسيلة فإن المشروعات للمستوردة في الدول النامية يمكن أن تكتسب طرقاً فنية للقيام بالتصنيع وذلك عن طريق استخدام خبر أجنبي فرد . وهذه الوسيلة تناسب بصفة عامة المشروعات الصغيرة والمتوسطة الحجم في مختلف الصناعات الهندسية وكذلك في الصناعات الغذائية وغيرها من الصناعات الاستهلاكية . وكذلك توجد وسيلة أخرى تعرف باسم عقود توريد الآلات والمعدات *Contracts for Supply of Machinery and Equipment* وهي طريقة لنقل التكنولوجيا التشغيلية المتعلقة بهذه المعدات وبصفة خاصة في المشروعات الصناعية الصغيرة والكبيرة على السواء بما في ذلك صناعات الأسمت ، المنسوجات ، الورق وغيرها . راجع :

Transfer of Technology, The UNIDO "Guidelines" Paper, Alternative Channels for in - Flow of Technology (in Legal Aspects of the Transfer of Technology, editors: Russel B. Sunshine & Richard Baxbaun 1977).

وبصفة خاصة في ص ١٣ - ١٥ .

السلوك من نطاق عقود نقل التكنولوجيا الترخيص باستعمال الأسماء التجارية والعلامات التجارية ، حيث أن الترخيص بها في حد ذاته لا يعد نقلاً للتكنولوجيا إلا إذا كانت ضمن صفقة تكنولوجية أخرى أي تم الترخيص بها بمناسبة نقل تكنولوجيا بالمعنى الفني الدقيق^(٤٣)، ومثال ذلك الترخيص بتصنيع عقار أو دواء ما تحت اسم تجاري معين .

ولقد كان مشروع الأكاديمية في مادته الرابعة يتضمن تحديداً تفصيلياً لما يعد نقلاً للتكنولوجيا إذ نصت المادة الرابعة من ذلك المشرع على أنه : " يقصد بنقل التكنولوجيا في مفهوم أحكام هذا القانون نقل المعرفة المنهجية اللازمة لتصنيع أو تطوير منتج ما ، أو لتطبيق وسيلة أو طريقة ، أو لتقديم خدمة ما . ولا يعتبر نقلاً للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع . ويعد نقلاً للتكنولوجيا على وجه الخصوص ما يأتي :

(أ) البيع أو الترخيص لجميع أشكال الملكية الصناعية باستثناء العلامة التجارية أو الصناعية أو علامات الخدمة أو الأسماء التجارية ما لم تكن جزءاً من صفقات نقل التكنولوجيا .

(٤٣) كما تستبعد من نطاق نقل التكنولوجيا في مفهوم تقنين السلوك العمليات التي يكون موضوعها بيع أو استئجار سلع فحسب ، أي أن المستبعد هو فقط البيع أو الإيجار الذي ينصب على أشياء مادية . ولكن إذا كان العقد يتضمن علاوة على ذلك نقل المعلومات الفنية الخاصة بكيفية تركيب هذه الآلات أو الأجهزة أو تشغيلها فإنه يعتر عقد نقل تكنولوجيا . راجع : الدكتور محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرحل المشار إليه سابقاً ، ص ٢٠ - ٢١ .

(ب) توفير المعرفة العملية والخبرة الفنية وخاصة في شكل دراسات جدوى وخطط ورسوم بيانية ونماذج ومواصفات وتعليمات ووصفات تركيب وتصميمات هندسية أساسية وتفصيلية.

(ج) خدمات المتخصصين في تقديم المشورة الفنية والإدارية وتدريب العاملين.

(د) الخدمات الخاصة بتشغيل وإدارة المؤسسات وبرامج الحاسب الآلي.

(هـ) تقديم المساعدة الفنية في جميع المجالات^(٤٤).

أما قانون التجارة الجديد ، فلقد تضمن تعريفاً لعقد نقل التكنولوجيا إذ تنص المادة ٧٣ من ذلك القانون على أن "عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهد بمقتضاه (مورد التكنولوجيا) بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى (مستورد التكنولوجيا) لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ولا يعتبر نقلاً لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا ، أو كان مرتبطاً به".

(٤٤) راجع في شرح هذا النص والتعليق عليه : الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المشار إليه سابقاً ، ص ٢٨ - ٤٠ .

ويتضح من مقارنة المادة ٧٣ من قانون للتجارة بالمادة الرابعة من مشروع الأكاديمية أن هناك اختلافاً بينهما في الصياغة. فمن ناحية أولى، كانت المادة الرابعة من مشروع الأكاديمية أقرب في صياغتها، بل وتكاد تكون مطابقة لما ورد بتقنين السلوك، كما أن تلك المادة كانت تقتصر على بيان المقصود بنقل التكنولوجيا وحالاتها في نطاق المشروع، أما المادة ٧٣ من قانون التجارة، فلقد استهدفت تعريف عقد نقل التكنولوجيا نفسه. ومن ناحية ثانية، فلقد كانت المادة الرابعة من مشروع الأكاديمية تسرد حالات وأشكال نقل التكنولوجيا، صحيح إن هذا السرد كان على سبيل المثال لا الحصر، إلا أنه يكاد يضم الغالبية العظمى لحالات نقل التكنولوجيا. وفي مقابل ذلك، اقتصرَت المادة ٧٣ من قانون التجارة على تعريف عقد نقل التكنولوجيا بأنه اتفاق نقل معلومات فنية بمقابل، لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو لتقديم خدمات. فهل تعني عبارة المادة ٧٣ تجاري أن نقل التكنولوجيا أصبح يقتصر على حالة نقل المعرفة الفنية *Know-How* بالمعنى الدقيق ودون غيرها من حالات البيع أو الترخيص لأشكال الملكية الصناعية الأخرى؟ يوحى ظاهر النص باقتصار نقل التكنولوجيا على حالة نقل المعرفة الفنية دون غيرها من البيع أو الترخيص بعناصر الملكية الصناعية مثل الترخيص ببراءات الاختراع مثلاً. على أننا نعتقد أن تلك نتيجة مبالغ فيها ولا تعبر عن حقيقة قصد المشرع، والدليل على ذلك أن نفس المادة جاء فيها ما نصه "و لا يعتبر نقلاً لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تاجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل

تكنولوجيا ، أو كان مرتبطاً به* . ويفهم من ذلك اتساع نطاق نقل التكنولوجيا ليشمل أي مجموعة من المعلومات المستخدمة في انتاج السلع والخدمات سواء تجسد ذلك في شكل معرفة فنية *Know-How* بالمعنى الدقيق أو معلومات فنية غير سرية مفصح عنها في براءة اختراع ، وسواء تعلقت المعلومات بتكنولوجيا المنتج أي تلك التي تستهدف انتاجاً معيناً ، أو تعلقت بتكنولوجيا العملية الانتاجية أي تكنولوجيا طريقة الانتاج . أما إذا اقتصر الأمر على مجرد بيع أو شراء أو تأجير سلع أو خدمة ، فإن ذلك لا يعتبر من قبيل نقل التكنولوجيا . ذلك أن الاقتصر على مجرد البيع أو الشراء أو التأجير لا يدعو عن كونه عقد تسويق للتكنولوجيا ، وليس نقلاً للتكنولوجيا في معناه الفني . والحقيقة أن الاستثناء الذي أورده القانون المصري بالاقتصار في استبعاد عقود بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص بها يستثف منه أن المشرع لم يقرر اقضاء عقود الترخيص ببراءات الاختراع من نطاق نقل التكنولوجيا .

ولقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن هناك خطأ بين عقود نقل التكنولوجيا بالمعنى الدقيق وهي تلك التي يكون محلها نقل المعرفة المنهجية التي تلزم للعملية الانتاجية وبين عقود الترخيص باستغلال براءات الاختراع من حيث أن محل هذه العقود الأخيرة ليس نقل المعرفة التكنولوجية وإنما انتقال الحق في استعمال التكنولوجيا . ويوجد فارق هام بين هذين العقدين ، ذلك أن محل عقد الترخيص بالبراءة ينحصر في تنازل الطرف المرخص ، أي مالك البراءة ، عن حقه الاستثنائي في استغلال البراءة للمرخص له فيكون للمرخص له

الحق في القيام باستغلال البراءة بموافقة المالك . فعقد الترخيص - وفقاً لهذا الرأي - لا يعدو عن كونه إطاراً لتنظيم العلاقات الناشئة عن ملكية التكنولوجيا ، وليس نقلاً للقدرة التكنولوجية إلى الطرف المرخص له . فعقد الترخيص بالبراءة هو عبارة عن نقل الحق في استعمال التكنولوجيا وليس نقل القدرة على استخدامها . فعقد الترخيص يرد على التكنولوجيا باعتبارها محلاً للملكية وليس باعتبارها عنصراً في العملية الانتاجية^(٤٥) . ويدل هذا الفقه على رأيه بالقول بأنه حتى في الحالات التي تتوفر فيها لمشروع ما كافة المكونات التكنولوجية اللازمة لاستغلال الاختراع محل البراءة وكذلك في الحالة التي يتوصل فيها هذا المشروع لنفس الاختراع محل البراءة وهو غير عالم بوجودها ، فإنه سيجد نفسه مضطراً في تلك الأحوال إلى اللجوء إلى مالك البراءة بمقتضى عقد الترخيص ؛ وفي هذه الحالة ، فإن المشروع المرخص له يدفع إتاوة لتكنولوجيا قد توصل هو إليها بالفعل^(٤٦) .

ومع كل وجهة حجة الفقه السابق ، فإننا لا نتفق معه ، فيما ذهب إليه من أن عقود الترخيص باستغلال براءات الاختراع لا تعد نقلاً حقيقياً للتكنولوجيا وإنما مجرد استعمال لها . ذلك أن القول بأن المشروع المرخص له قد يدفع مقابلاً لتكنولوجيا قد يكون قد توصل إليها فعلاً فيه مجافاة للحقيقة . فهذه قوانين البراءات هو حدث المبتكر على الإسراع في الكشف عن ابتكاره للمجتمع في لقاء منحه حق استثنائي على ذلك الابتكار ، فلا يكون لأي شخص استعمال الابتكار دون إذن أو ترخيص

(٤٥) الدكتور حسام عيسى ، البحث السابق ، ص ٣٠ .

(٤٦) السابق ، ص ٣١ .

من المبتكر صاحب البراءة. وعليه ، فإن الأمر لا يخلو من أحد
فرضين : الفرض الأول ، أن يكون المرخص له قد توصل هو نفسه إلى
ذات الابتكار بعد قيام المخترع بالحصول على البراءة ، كأن يتوصل
إلى ذلك عن طريق الهندسة العكسية. وفي هذه الحالة ، يظل المرخص
له ملتزماً بدفع المقابل لمالك البراءة لتمنعه بالاستئثار الذي يخوله سلطة
منع الآخرين من استخدام الابتكار بأي شكل من الأشكال دون إذنه.
ويرجع التزام المرخص له بدفع الإتاوة أو المقابل لمالك البراءة على
الرغم من توصل الأول إلى ذات الابتكار إلى أن المالك هو صاحب
السبق في الحصول على البراءة بكشفه عن أسرارها للمجتمع ولا بد من
مكافأته بمنحه حق منع الآخرين من استخدام الاختراع حتى ولو توصلوا
إليه لاحقاً. ثم إنه لولا قيام المخترع بالكشف عن الابتكار للمجتمع
وتبنيه الآخرين إليه لما تم للتوصل إليه لاحقاً. أما الفرض الثاني فهو
ينصرف إلى الحالة التي يتوصل فيها شخص إلى الابتكار قبل مالك
البراءة ، ومع ذلك أثر هذا المبتكر الأول استخدام ابتكاره سراً. فإذا قام
مخترع ثانٍ بالتوصل إلى ذات الابتكار ، وحصل على براءة عنه ،
ودون إخلال بشرط الجدة ، فإن ذلك المالك يكون له منع حتى المبتكرين
السابقين من استعمال الابتكار بناء على نفس الفلسفة التي تبني عليها
قوانين براءات الاختراع من الكشف عن الابتكار للمجتمع. ثم إن القول
بأنه في مثل هذه الفروض لا يوجد أي نقل للتكنولوجيا هو أمر فيه
مجافة للأفكار الخاصة بقوانين براءات الاختراع وطبيعة البراءة ذاتها ،
لأنه بمقتضى تلك القوانين فإن تكنولوجيا البراءة لا تحتاج إلى قيام
مشروع بنقلها إلى مشروع آخر ، إذ الفرض أن جميع المعلومات
التكنولوجية الثابتة بالبراءة أصبحت متاحة للجميع وغير سرية ، وأن

نقل تكنولوجيا البراءة لا يمكن أن يكون إلا في صورة منح المرخص له الحق في استعمال الابتكار موضوع البراءة ، وأنه لولا قيام المخترع بالكشف عن اختراعه لما تمكن أي شخص من تلقي المعلومات التكنولوجية . وبعبارة وجيزة ، فإن نقل التكنولوجيا الكامنة في الابتكار الذي يتم الحصول عنه على براءة اختراع يكون ممكناً بمجرد إصدار البراءة ، حيث تتلشى السرية ويكون لأي شخص متخصص في الفن الصناعي أن يقوم - ودون حاجة إلى مالك البراءة - إلى استخدام تكنولوجيا البراءة ، وما الترخيص الذي يمنحه صاحب البراءة إلا إجازة هذا الاستخدام . وعليه ، فإن التمكن التكنولوجي يكون متاحاً أمام الجميع بمجرد إصدار البراءة ، كل ما هناك أنه لا يجوز استغلال هذا التمكن إلا بعد الحصول على ترخيص مالك البراءة . فكأن عقد الترخيص هو الذي يضيف المشروعية على استخدام المرخص لهم للتكنولوجيا التي اكتسبوها من إذاعة سر الاختراع في البراءة .

كما استبعدت المادة ٧٣ من قانون التجارة عقود الترخيص وبيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا أو كان مرتبطاً به ^(٤٧) . ولقد ذهب جانب من الفقه إلى انتقاد عدم اعتبار عقود الترخيص باستعمال العلامات التجارية والصناعية وعلامات الخدمة والأسماء التجارية في الأصل كوسيلة لنقل التكنولوجيا ^(٤٨) . ذلك أن عدم اعتبارها كذلك يفتح الباب للتحايل على

(٤٧) راجع نص المادة ٧٣ من قانون التجارة ، وكذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٤ .

(٤٨) الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ٣٢ - ٣٣ .

تطبيق القانون وبصفة خاصة من جانب الشركات متعددة الجنسيات ، إذ يمكن لهذه الشركات إبرام عقود نقل تكنولوجيا مع المشروعات المحلية المتلقية عن طريق شركاتها الوليدة المنتشرة على الصعيد الدولي ودون أن تضمن مثل تلك العقود الشروط التقييدية الممنوعة ، على أن يسبق تلك العقود أو يتبناها إبرام عقود أخرى مع ذات المشروعات المستوردة ولكن من خلال شركات وليدة لنقل علامة تجارية أو اسم تجاري وبحيث تبدو تلك العقود الأخيرة منفصلة عن صفقات نقل التكنولوجيا فتخرج عن نطاق القانون وبما يتيح لتلك الشركات أن تضمن تلك العقود الشروط التعسفية (٤٩) .

ونعتقد أن الاتجاه الفقهي السابق صائب فيما ذهب إليه من ضرورة سريان قانون نقل التكنولوجيا على جميع أشكال الملكية الصناعية بما فيها عقود البيع والترخيص للعلامات أو الأسماء التجارية . وحسناً فعل المشرع المصري بنصه صراحة في قانون التجارة الجديد على خضوع عقود البيع أو الترخيص للعلامات أو الأسماء التجارية إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا ، أو كان مرتبطاً به (٥٠) . وفي ذلك نقول المذكرة الإيضاحية للقانون " ٥٠٠ ومع ذلك تسري أحكام هذا الفصل على كل بيع أو تأجير لعلامة تجارية أو اسم تجاري ، إذا كان ذلك البيع أو الإيجار جزءاً من عملية نقل التكنولوجيا ، وسواء تم ذلك بعقد واحد أو بعقود منفصلة والهدف من ذلك منع أي تحايل على أحكام المشروع يتم عن طريق إدراج الشروط

(٤٩) السابق ، ص ٣٤ - ٣٥ .

(٥٠) ويمكن أن نضرب مثلاً لذلك بعقد الامتياز التجاري Franchising الذي تكون فيه العلامة التجارية أحد العناصر الجوهرية التي يتم الترخيص بها .

التقييدية المحرمة في عقود نقل التكنولوجيا ، في عقود بيع إيجار العلامات التجارية أو الأسماء التجارية". كما تعمق هذا المفهوم بمقتضى المادة ٢/٧٢ والتي تنص على أنه كما تسري أحكام هذا الفصل على كل اتفاق لنقل التكنولوجيا يبرم بعقد مستقل أو ضمن عقد آخر". وعليه ، تسري أحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة على كل اتفاق لنقل التكنولوجيا يبرم بعقد قائم بذاته يكون الالتزام الرئيسي فيه نقل المعارف التكنولوجية ، أو ضمن عقد آخر يكون فيه الالتزام بنقل التكنولوجيا تابعاً لالتزام آخر رئيسي.

رابعاً : مدة العقد :

يعتبر تحديد عنصر المدة من أعقد المسائل التي تثار بمناسبة عقود نقل التكنولوجيا . فالأفضل للمستورد ألا يتورط في علاقة تعاقدية تكون مدتها أقصر من أن يتمكن خلالها من اكتساب التمكن التكنولوجي . وفي نفس الوقت ، يجب ألا تزيد مدة العقد عن الحدود المعقولة ، إذ قد تصاب المعارف الفنية محل العقد بما يعرف بالتقادم التكنولوجي ، أي تصبح التكنولوجيا بالية لظهور تقنيات أحدث في ذات المجال الصناعي ، وبما قد يؤدي إلى زيادة تكلفة نقل التكنولوجيا إذ يضطر المستورد إلى أداء مقابل عن تكنولوجيا أصبحت قديمة وغير متداولة في السوق الدولية لمجرد التزامه بمدة العقد^(٥١).

(٥١) الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه

سابقاً ، ص ٥٨ - ٥٩ . كسبت رجع دليل الترخيص المعد لصاغة الفنادق النامية ، المشار

إليه سابقاً ، فقرات ٥٩٣ - ٥٩٨ . ص ١٢٦ - ١٢٧

ولقد كانت المادة السادسة في فقرتها (ز) من مشروع الأكاديمية تقضي ببطلان عقد نقل التكنولوجيا "إذا كانت مدة العقد تزيد على عشر سنوات". ويلاحظ أن تلك المدة كانت تعتبر طويلة نسبياً ، وخاصة أن ذلك المشروع لم يكن يعطي المستورد حق إنهاء العقد لتغيير الظروف التي قد تملي طلب الإنهاء . فعلى سبيل المثال ، وفي ظل مشروع الأكاديمية ، إذا كانت مدة عقد نقل التكنولوجيا هي اثنتا عشرة سنة ، فإن العقد يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ويمتنع تسجيله لدى الجهة المختصة . ولاشك أن هذا جزاء قاسٍ . وكان الأجدى أن يقتصر البطلان على شرط المدة نفسه ولا يمتد إلى بطلان العقد برمته إلا إذا كانت المدة هي العنصر الجوهرى التي لا يستقيم العقد بدونها . كما يلاحظ أنه إذا كانت مدة العقد لا تزيد عن عشر سنوات ، فإن العقد يكون صحيحاً ولا يبطل ، رغم أن الظروف الاقتصادية للعقد قد تتبدل ، كأن تصبح التكنولوجيا بالية وبحيث يصبح للمقابل المتفق عليه لها غير عادل ، أو أن تتكشف سريتها بفعل غير راجع إلى المستورد فيصبح الالتزام بالكتمان وعدم الاستغلال بحرية غير مبرر ^(٥٢) . وعليه ، فلقد كان مشروع الأكاديمية يضع حداً أعلى لمدة العقد ، ولكنه كان قاصراً عن معالجة ما قد يطرأ من تغيرات وظروف أثناء العقد كانت تقتضي انهاءه أو تعديل شروطه حتى ولو لم تزد مدته عن عشر سنوات .

ولقد عالج المشرع المصري في قانون التجارة هذه المسألة بأسلوب أفضل من ذلك الوارد في مشروع الأكاديمية إذ نصت المادة

(٥٢) انظر في انتقاد نص المادة ٦ (ز) من مشروع الأكاديمية الدكتور حمام عيسى ، تحت

نسابق، ص ص ٦٠ - ٦١

٨٦ من قانون التجارة على أنه "يجوز لكل من طرفي عقد نقل التكنولوجيا بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ العقد أن يطلب إنهاء أو إعادة النظر في شروطه بتعديلها بما يلائم الظروف الاقتصادية العامة القائمة ويجوز تكرار تقديم هذا الطلب كلما انقضت خمس سنوات ما لم يتفق على مدة أخرى". ويتيح هذا النص لأي من طرفي العقد أن يطلب إلى الطرف الآخر إنهاء العقد أو تعديل شروطه بعد خمس سنوات من تاريخ العقد ، وأياً كانت مدة هذا العقد . فيكون للمستورد ، على سبيل المثال ، أن يطلب من المورد إنهاء العقد بعد خمس سنوات حتى ولو كانت مدة العقد عشر سنوات مثلاً ، كما يكون له الاستمرار في العقد ولكن مع طلب تعديل شروطه كذلك الشروط المتعلقة بالمقابل بتخفيضه إذا ظهرت تكنولوجيا أحدث في السوق الدولية وبما أدى إلى فقدان التكنولوجيا محل العقد لجانب كبير من قيمتها ، وهكذا . ويجوز تكرار هذا الطلب كلما انقضت مدة خمس سنوات ، ما لم يتفق على مدة أخرى، وبما يعني حق طرفي العقد في الاتفاق صراحة على مدة أخرى في العقد تكون أقصر أو أطول .

وعلى الرغم من التقدم الذي أحرزه المشرع في قانون التجارة بإتاحة الفرصة للمستورد لإنهاء العقد أو طلب تعديله بعد فترة معينة ، إلا أنه سكت عن معالجة الشرط الذي عادة ما يصر عليه المورد في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا من إلزام المستورد بعدم استعمال التكنولوجيا بعد انتهاء مدة العقد . ولقد ذهبت الدول النامية إلى حظر الشرط الذي يحرم المستورد من استعمال التكنولوجيا لمدة أطول من المدة المعينة للاتفاق ذاته ، بمعنى أن يكون المستورد حراً في استغلال

التكنولوجيا بعد انتهاء مدة العقد . ولم يتعرض المشرع المصري لهذه المشكلة ، على عكس قوانين بعض الدول النامية التي نصت صراحة على هذا الحق طالما كانت التكنولوجيا لازمة لاستكمال خطط التنمية^(٥٣) . وعلى خلاف ذلك ، فإن المشروعات الدولية عادة ما تصر على إدراج شرط يحظر المستورد من استعمال التكنولوجيا بعد انقضاء العقد وكذلك إلزامه بعدم إفشاء أسرار المعرفة الفنية حتى بعد انتهاء العقد نفسه ^(٥٤) .

(٥٣) دليل التزاحيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ١٢٦ ؛ ويرى البعض ضرورة وجود نص - على غرار ما تقضي به معظم تشريعات نقل التكنولوجيا في الدول النامية بتحريم كافة الشروط التي تحد من حرية الطرف المستورد في استغلال التكنولوجيا بعد انتهاء مدة العقد . راجع في ذلك : الدكتور حسام محمد عيسى ، نقل التكنولوجيا دراسة في الآليات القانونية للتيمة الدولية ، المرحع المشار إليه سابقاً ، مقرة رقم ٢٩٥ .

(٥٤) في معنى قريب:

Guidelines for Evaluation of Transfer of Technology Agreements,
U.N. (1979). III Know - How and the Know - How Agreement.

وصفة خاصة في ص ١٨ .

وأنظر بصفة عامة :

Henry Dahl. U.S. Restrictions on High Technology Transfer: Impact
Abroad and Domestic Consequences, Volume 26 Columbia Journal
of Transnational Law pp 27 - 51 (1987 - 1988).

المطلب الثالث

الالتزامات المتبادلة في عقد نقل التكنولوجيا

يرتب عقد نقل التكنولوجيا التزامات متبادلة بين طرفيه : المورد والمستورد . فمن جهة ، يقع على المورد التزام أساسي بنقل العناصر التكنولوجية طبقاً لما هو متفق عليه ، والالتزام بتقديم المساعدة الفنية للمستورد ، والالتزام بالضمان . ومن جهة أخرى ، يلتزم المستورد بدفع مقابل التكنولوجيا ، كما يلتزم بالمحافظة على السرية . وذلك كله علاوة على التزامات أخرى ينص عليها القانون أو العقد نفسه .

أولاً - التزامات المورد :

١- الالتزام بنقل التكنولوجيا :

محل عقد نقل التكنولوجيا هو المعارف الفنية التي يتعين على المورد نقلها إلى المستورد . ولذلك يجب على المورد اتخاذ الوسائل التي تكفل عملية النقل الفعلي للتكنولوجيا . فمثلاً يلتزم المورد بتسليم العناصر المادية التي تشتمل عليها التكنولوجيا مثل الآلات والأجهزة والمواد الأولية اللازمة لعملية الإنتاج . بل إن العناصر المادية للتكنولوجيا قد تكون في شكل تسليم وحدة صناعية كاملة بما يشمله من تركيب وتشغيل لها^(٥٥) .

(٥٥) راجع .

Transfer of Technology, The UNIDO Guidelines ...

نشر فيه سابقاً ص ص ١٤ - ١٥ . وأُظهر في الالتزام بنقل العناصر المادية للتكنولوجيا : -

وعادة ما ينص العقد على تفاصيل تسليم تلك العناصر المادية مثل ميعاد وزمان التسليم وما إذا كانت الأجهزة والآلات وغيرها سيتم شحنها بيع فوب *F.O.B* أو *C.I.F* وبالتالي تحديد تبعة الهلاك والمسئولية عن التأخير وغيره من الأمور التعاقدية الأخرى. كذلك يقع على المورد التزامات تبعية أخرى مثل تزويد المستورد بالدليل الخاص بالإرشادات اللازمة لتركيب وتشغيل الأجهزة والآلات ، وإرسال الخبراء من مهندسين وفنيين لتدريب عمال المستورد على كيفية التشغيل والصيانة ... الخ (٥٦).

وعلاوة على ذلك يلتزم المورد بنقل العناصر غير المادية للتكنولوجيا أي مجموعة المعارف والمهارات اللازمة لتحقيق عملية الانتاج المستقل كأساس لاكساب المستورد الخبرة الصناعية في مجال أو مجالات معينة. فمثلاً ، لو أن التكنولوجيا المنقولة في شكل براءة اختراع ، فإن نقل التكنولوجيا لا يقتصر فقط على مجرد السماح للمرخص له باستعمال التكنولوجيا المفصح عنها في البراءة ، ذلك أنه على الرغم من اقتضاح سرية الاختراع بنشر البراءة ، فإن المبتكر وخاصة الشركات الكبرى تستبقي بعض العناصر السرية الخاصة بالاختراع ، ومن ثم فإن نقل التكنولوجيا إلى المستورد بشكل تام لا يقتصر على الترخيص له بالبراءة ولكن بالكشف عن كل دقائق

=الدكتور صالح بكر الطيار ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا - دراسة تحليلية حول العلاقات التعاقدية الناشئة عن نقل التكنولوجيا إلى الدول المتحفة إلى التصنيع. (الناشر : شهد للنشر والإعلام ١٩٩٢) ص ص ١٥٥ - ١٥٨.

(٥٦) في معنى قريب : الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الباحية القانونية . المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٧٤.

الابتكار . كذلك فإذا كان الاختراع في شكل معرفة فنية *Know-How* ، فإنه يجب على المبتكر الإقضاء بكافة التفاصيل إلى المستورد^(٥٧) .

ولقد نص قانون التجارة على التزامات فرعية للمورد لتأكيد التزامه الجوهرى بعملية نقل التكنولوجيا واكتساب المستورد لها . من ذلك ما نصت عليه المادة ١/٧٧ بقولها "يلتزم المورد بأن يقدم للمستورد المعلومات والبيانات وغيرها من الوثائق الفنية اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا ، وكذلك ما يطلبه المستورد من الخدمات الفنية اللازمة لتشغيل التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب" . والحقيقة إن الالتزام بتقديم المعلومات التكنولوجية في صورة المعلومات والبيانات وغيرها من الوثائق هو من الالتزامات التي تنشأ عن عقود الترخيص باستعمال المعرفة الفنية وبراءات الاختراع على حد سواء لتمكين المستورد من استخدام التكنولوجيا ، بل إنه قد يكون أحد الدعامات لاكتساب التمكن التكنولوجي وخاصة بالنسبة للدول النامية . والأصل أن الالتزام بتقديم وثائق المعرفة التكنولوجية يترتب بمجرد العقد حتى ولو لم ينص عليه بشرط صريح . ولكن عادة ما ينص على شرط التزام المورد بتسليم المستورد ما يحوزه من وثائق ومستندات خاصة بالتكنولوجيا ، على أن تنفيذ هذا الالتزام في ذاته لا يعني

(٥٧) المذكور صالح بكر الطيار ، العقود الدولية لغفل التكنولوجيا ، ، المرجع المشار إليه

بالضرورة أن المورد عليه التزام بضمان قدرة المستورد بنفسه على استخدام المعلومات الكامنة في تلك الوثائق والمستندات للإنتاج^(٥٨).

وفي إطار مقارنة نص المادة ١/٧٧ من قانون التجارة بمثيله في مشروع الأكاديمية أي نص المادة ٨/هـ ، نجد أن النص الأخير كان أفضل في الصياغة والمضمون . فنص المادة ٨/هـ من ذلك المشروع كان يقضي بالتزام المورد بتقديم (كافة) للوثائق ولقد أغفل المشرع المصري في قانون التجارة النص على لفظ (كافة) على الرغم من أهميته القصوى في تنفيذ التزام المورد بنقل المعرفة التكنولوجية إلى المستورد . وعليه، يكون المورد قد أوفى بالتزامه الخاص بتقديم المعلومات إلى المستورد إذا سلمه الوثائق اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا، ودون أن يلتزم بتسليمه كافة المستندات المتعلقة بها . وبالتالي سيتمكن المورد من حجب الكثير من المستندات عن المستورد والتي كان من شأن تسليمها اكسابه التمكن التكنولوجي ، وأن يقتصر في تنفيذ التزامه على تسليم الحد الأدنى من تلك الوثائق لكي يقوم المستورد باستعمال التكنولوجيا .

وبهدف ضمان استمرار الانتاج للمشروع المستورد للتكنولوجيا وبالأذات إذا كان محل العقد آلات أو أجهزة أو معدات ، فلقد نص قانون التجارة على التزام المورد وطوال سريان العقد بتزويد المستورد وبناء على طلبه بقطع الغيار التي ينتجها وتحتاجها الآلات أو الأجهزة التي تستعمل في تشغيل منشآت المستورد وطبقاً للتكنولوجيا المنقولة وذلك

(٥٨) في معنى قريب : الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا .

البحث المشار إليه سابقاً ، ص ٣٦ - ٣٧ .

حسب سعرها السائد في السوق ، وإذا كان المورد لا ينتج هذه القطع في منشأته ، وجب عليه أن يعلم المستورد بمصادر الحصول عليها^(٥٩). وكان مشروع قانون التجارة يقضي بانقضاء التزام المورد بتزويد المستورد بقطع الغيار وذلك بفوات عشر سنوات من تاريخ العقد إلا إذا أثبت المستورد استمرار المورد في إنتاج قطع الغيار بعد انتهاء هذه المدة ، مع ثبوت حق الطرفين في الاتفاق على مد هذه المدة بنص صريح في العقد ، ولكن لم يكن يجوز لهما الاتفاق على إنقاصها^(٦٠). ولم تظهر تلك الفقرة في النص النهائي للمادة ٧٨ من قانون التجارة. وحسناً فعل المشرع بحذفها ، وبما يستوجب استمرار التزام المورد بتزويد المستورد بقطع الغيار ما بقي العقد قائماً ودون اعتبار لمدة العشر سنوات التي كان منصوصاً عليها في المشروع ، وبصفة خاصة أن المستورد قد يجد صعوبات في إثبات استمرار المورد في إنتاج قطع الغيار بعد فوات تلك المدة.

٢- التزام المورد بتقديم المساعدة الفنية :

ينصرف التزام المورد بتقديم المساعدة الفنية *Technical Assistance* إلى قيامه ، عن طريق خبرائه ، بتدريب عاملي ومهندسي المستورد على استعمال التكنولوجيا محل العقد. ويستهدف هذا الالتزام بشكل مباشر تكوين طاقم محلي قادر على إدارة واستثمار التكنولوجيا

(٥٩) تنص المادة ٧٨ من قانون التجارة على أن "يلتزم المورد - طوال سريان العقد - بأن يقدم للمستورد بناء على طلبه قطع الغيار التي ينتجها وتحتاجها الآلات والأجهزة التي تستعمل في تشغيل منشأته. وإذا كان المورد لا ينتج هذه القطع في منشأته ، وجب أن يعلم المستورد بمصادر الحصول عليها".

(٦٠) مذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٧.

المستوردة بهدف تحقيق الأهداف الاقتصادية المتوقعة من عملية نقل التكنولوجيا^(٦١).

ويذهب البعض إلى أن الالتزام بتقديم المساعدة الفنية إلى المستورد لا يتوفر إلا في الحالة التي ينص فيها عليه في العقد صراحة، بينما يذهب البعض الآخر إلى توفر هذا الالتزام حتى عند عدم ذكره صراحة في العقد لما يقتضيه تنفيذ العقد بحسن نية من ضرورة توفيره لكسب المستورد القدرة على استثمار التكنولوجيا محل التعاقد^(٦٢).

وكانت المادة التاسعة من مشروع الأكاديمية تنص على هذا الالتزام وتقضي بضرورة أن يقوم المورد بتوفير العدد المناسب من الخبراء لتدريب عمال المستورد بغرض تكوين طاقم محلي على قدر من الدراية الفنية. على أن المورد يتعين عليه ألا يقوم بتضمين العقد إلزام المستورد بخبراء أو فنيين أجانب إذا كان من المتاح استخدام الخبرات الفنية والخدمات الاستشارية والهندسية والاستعانة بمراكز البحوث

(٦١) راجع :

Transfer of Technology, The UNIDO Guidelines

المشار إليه سابقاً ، وخاصة في ص ١٣ . ويلاحظ أن المساعدات التقنية تشمل أموراً عديدة مثل التدريب والخدمات الدراسية والهندسية والخدمات التسويقية والخدمات الإدارية وخدمات التخطيط والبحث والتطوير . راجع: دليل التراجيح المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ٧٧ - ٨٠ ؛ كذلك الدكتور صالح بكر الطيار ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، ، ، ، ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٦٠ - ١٦٣ .

(٦٢) أنظر في عرض هذه الآراء : الدكتور صالح بكر الطيار ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا : ، ، ، ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٦٤ - ١٦٦ حيث يؤيد ضرورة قيام المورد بتقديم المساعدة التقنية إلى المستورد طالما كانت تفيئات المقدمة ذات أهمية كبيرة لاستثمار الاحتراع أو التكنولوجيا محل العقد .

الوطنية. ومن الواضح أن نص الفقرتين (أ) و (ب) من المادة التاسعة من مشروع الأكاديمية هو نص عام ولا يتيح ضمانات حقيقية بالمساعدة الفنية للمستورد^(٦٣).

أما نص المادة ١/٧٧ من قانون التجارة فلقد جرى على النحو الآتي: "يلتزم المورد بأن يقدم للمستورد ، وكذلك ما يطلبه المستورد من الخدمات الفنية اللازمة لتشغيل التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب". ويتضح من هذا النص أن التزام المورد بتقديم المساعدة الفنية ليس مجرد التزام ضمني ينبثق عن العقد ؛ إذ يتعين النص عليه صراحة في العقد وبناء على طلب من المستورد. وبعبارة أخرى ، فإن الالتزام بالمساعدة الفنية لم يعد - طبقاً للقانون المصري - من الالتزامات الرئيسية في العقد ، وإنما أصبح من الالتزامات المكملة للالتزام الرئيسي للمورد بتقديم المعارف التكنولوجية.

ويراعى ضرورة صياغة شرط إلزام المورد بالمساعدة الفنية بدقة شديدة ، على أن يلحقه الأطراف بملحق يضع تفاصيل تلك المساعدة من حيث نوعيتها والخبراء ومؤهلاتهم ونفقات استخدامهم وبيان كفاءتهم الفنية. كما يلاحظ في هذا الخصوص التأكيد على ضرورة أن

(٦٣) في شرح ذلك النص وتعليق عليه الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم

نقل التكنولوجيا ، المبحث المشار إليه سابقاً ، ص ٣٦ - ٣٨.

يؤخذ تنفيذ المورد لالتزامه بالمساعدة الفنية بجدية شديدة وأن يراقب المستورد جدوى التدريب وبالذات في جوانبه العملية^(٦٤).

٣- الالتزام بالضمان :

يثور التساؤل عن مدى التزام المورد بضمان نوعية التكنولوجيا في تحقيق أهداف المستورد ؟ وهل التزام المورد في هذا الخصوص بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية^(٦٥)؟

على المستوى الدولي ، وفي ظل جهود الأمم المتحدة تمسكت الدول النامية بأن التزام مورد التكنولوجيا هو التزام بتحقيق نتيجة^(٦٦). فمثلاً ، إذا كانت التكنولوجيا عبارة عن وسيلة انتاج ، فيبتعين أن تحقق النتائج المطلوبة من حيث حجم الانتاج ونوعيته وجودته ، فإذا لم تتحقق هذه النتائج كان هناك إخلال بالعقد من جانب المورد على الرغم من وفائه بالتزامه العام بنقل المعلومات الفنية واتخاذ جميع الوسائل اللازمة والعناية الكافية لتنفيذ التزاماته. أما الدول الصناعية ، فلقد سعت إلى

(٦٤) الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٧٨ ؛ دليل الترخيص للمعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، ص ٧٨.

(٦٥) في مناقشة هذا الموضوع راجع : الدكتور سميرة القلوبي ، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة مصر للمعاصرة ، العدد ٤٠٦ في ص ٩٧ - ١١٧ (١٩٨٦) ؛ دليل الترخيص للمعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٥٦٢ ، و ٥٦٣ ص ١٢١ ؛ الدكتور صالح بكر الطيار ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ١٧٩ - ٢٠٣.

(٦٦) الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٩. وبصفة خاصة تطلب الدول النامية بضمان المورد مطابقة التكنولوجيا للأوصاف المذكورة في العقد ، وملاءمة التكنولوجيا لانتاج السلع أو الخدمات المتفق عليها.

تقنين جعل التزام المورد ببذل عناية أو وسيلة ، وأنه غير مسئول عن تحقيق النتائج ، وخاصة أن عدم تحقيق النتائج قد يكون خارجاً عن سيطرته بسبب ظروف معينة خاصة بالمشروع المستورد (كالظروف الجغرافية - العوامل الجوية - إهمال العمال المحليين - الأعطال ونقص الطاقة مثل تواتر انقطاع التيار الكهربائي ونقص الوقود- رداءة المواد الأولية المحلية المستخدمة في التشغيل . . . الخ) ^(٦٧) . ولذلك ، فإن المورد ، عادة لا يقبل أي التزام بالضمان ، وإذا قبله فإنه غالباً ما يصر على تشديد بعض التزامات المستورد في المقابل ، كتطلبه توفير مواد أولية ذات جودة عالية ومن مصادر معينة ، أو قيامه بوضع مشرفين من جانبه على تجارب التشغيل والانتاج ، أو استئجار طاقة تشغيلية معينة . . . الخ ^(٦٨) .

(٦٧) ويطرح بعض فقهاء القرب بعض التساؤلات الهامة التي يثيرها الإدعاء بضرورة إلزام المورد بضمان التكنولوجيا المنقولة . فهل يعني هذا الضمان أن على المورد التزام بضمان ألا توجد تكنولوجيا أخرى قادرة على انتاج نفس المنتج ؟ وهل يضمن المورد أنه لن يتم تطوير تكنولوجيا أخرى أفضل ، وبما يجعل التكنولوجيا الحالية والمرخص بها غير كافية *insufficient* على الأقل بالنسبة لقوة منافسة المنتج في السوق ؟ ويبيسون عن هذه التساؤلات بعدم ضمان المورد ، حيث أن التكنولوجيا دائمة التبدل والتغير ، وأن الدول النامية ترنو للحصول على ميزات من عقود نقل التكنولوجيا تفوق ما تدفعه فعلاً كمن لها ، راجع على وجه خاص :

Behrman, "Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct for the Transfer of Technology" in S. Holland, ed. *Codes of Conduct for the Transfer of Technology: A Critique* 49 - 60 (Council of the Americas, New Yourk, 1976) reprinted in Sunshine, *Legal Aspects of the Transfer of Technology* (1977) at pp. 232 - 233.

(٦٨) الدكتور محسن شفيق ، نقل تكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص

ولقد كانت المادة ٨٥ من مشروع قانون التجارة تنص على أن المورد لا يضمن انتاج السلعة أو أداء الخدمات التي اتفق عليها بالموصفات المبينة في العقد ، إلا إذا قبل تحمل هذا الضمان صراحة وكتابة ؛ وأن المورد يضمن فقط مطابقة التكنولوجيا والوثائق المرفقة بها للشروط المبينة في العقد . وعليه ، فقد كان مشروع القانون يأخذ موقفاً مغايراً لما نادى به الدول النامية من ضرورة جعل التزام المورد التزاماً بتحقيق نتيجة ، ذلك أن المورد لم يكن ليضمن إلا مطابقة التكنولوجيا للوثائق المرفقة بها الشروط المبينة في العقد ، أما التزامه بضمان انتاج السلعة أو أداء الخدمات التي اتفق عليها بالموصفات المبينة في العقد ، فهو للالتزام اختياري (٦٩) .

أما نص المادة ٨٥ من قانون التجارة كما ظهر بصورته النهائية فتجري عبارته على النحو الآتي " يضمن المورد مطابقة التكنولوجيا والوثائق المرفقة بها للشروط المبينة في العقد ، كما يضمن انتاج السلعة أو أداء الخدمات التي اتفق عليها بالموصفات المبينة في العقد ، ما لم يتفق كتابة على خلاف ذلك " . وبذلك فلقد تضمن نص القانون حماية أوسع لمستورد التكنولوجيا المصري من نص مشروع القانون ، إذ بجانب بقاء مورد التكنولوجيا ملتزماً لمطابقة التكنولوجيا للعقد والوثائق والشروط الواردة به باعتباره ملتزماً بتحقيق نتيجة ، فإن القانون قد جعل المورد كذلك ضامناً - في الأصل - لانتاج السلع أو أداء الخدمات التي اتفق عليها في العقد وطبقاً للمواصفات الواردة به ، ما لم يتفق كتابة على غير ذلك . وعليه ، فإن القاعدة في قانون التجارة ،

(٦٩) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٩ .

وعلى خلاف المشروع ، هي الالتزام بتحقيق النتيجة المرجوة في انتاج السلع والخدمات ، ولا يمكن إهدار هذا الالتزام أو التضييق منه إلا باتفاق مكتوب بين الأطراف يقضي بعكس ذلك ؛ وبعبارة أخرى ، فإنه لا يجوز إزاحة عبء التزام المورد بتحقيق النتيجة إلا بناء على اتفاق صريح بشرط مكتوب في العقد .

٤. الالتزام بالتبصير :

تنص المادة ٧٦ من قانون التجارة على أن "يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات التي تسبق إبرامه عما يلي:

أ - الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال ، وعليه أن يطلع على ما يطمح من وسائل لاتقاء هذه الأخطار .

ب - للدعوى القضائية وغيرها من العقوبات التي قد تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لاسيما ما يتعلق منها ببراءات الاختراع .

ج- أحكام القانون المحلي بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا".

فلقد ألزم القانون المورد بالإفصاح والكشف عن المخاطر التي تصاحب التكنولوجيا وعن المخاطر التي قد تعرقل انتفاع المستورد بالتكنولوجيا وكذلك أحكام القانون المحلي التي قد تعوق انتقال التكنولوجيا . ويتعين على المورد الكشف عن تلك الأمور في خلال المفاوضات أو على الأقل وقت التعاقد حتى يكون المستورد على بينة من أمره فيمضي فيما عزم عليه من إبرام العقد أو إلغاء الصفقة بمرمتها .

فمن ناحية أولى ، أوجب القانون - حماية للمجتمع بشكل عام والمستورد بشكل خاص - أن يقوم المورد بتبصير المستورد بالأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وخاصة فيما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال ، وكذلك أن يطلعه على جميع الوسائل والطرق المتاحة لتوقي هذه الأخطار . وحسناً فعل المشرع المصري بنصه صراحة على إلزام المورد بالكشف عن أخطار التكنولوجيا ، ذلك أن بعض الشركات الدولية دأبت على نقل التكنولوجيا الملوثة للبيئة إلى الدول النامية واعتبار تلك الدول حقل تجارب للتكنولوجيا المحظورة بموجب قوانين البيئة في الدول التي تتبعها هذه الشركات بجنسيتها . ولم يبين المشرع المصري جزاء إخلال المورد بهذا الالتزام ، وذلك على عكس مشروع الأكاديمية الذي كان ينص على ذات الالتزام وجزاء الإخلال به ، حيث كان هذا المشروع وطبقاً للمادة ٧/١ منه يمنع تسجيل عقد نقل التكنولوجيا إذا كان من شأنه إلقاء عبء غير مناسب على الاقتصاد القومي (٧٠) .

(٧٠) في شرح هذا الالتزام في إطار مشروع أكاديمية البحث العلمي راجع : الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ٧٥ - ٧٦ ، حيث يرى أن المورد يلتزم كذلك بالتعويض عن هذه الأضرار . ويلاحظ أن نص المادة ٨/١ من مشروع الأكاديمية كانت تحرى عبارته على النحو الآتي :

"يلتزم المورد بما يأتي:

(أ) الكشف عن الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا محل التعاقد خاصة فيما يتعلق بها بالبيئة والصحة العامة . كما يلتزم بتقديم "حدث الوسائل الفنية الكفيلة بتفاديها" . ويلاحظ أن نص مشروع الأكاديمية أكثر معالية من نص قانون التجارة المقابل . ذلك أن قانون تجارة يرمي المورد فقط "بإعلاء" "نستبد على" وسائل "إلقاء هذه الأخطار . أما نص مشروع أكاديمية فكان يرمي المورد بتقديم "حدث وسائل" نصية الكفيلة بتعادي هذه الأخطار .

ومن ناحية ثانية ، ألزم القانون المورد بالكشف للمستورد عن أي قيود أو عقبات قد تؤثر أو تعوق استخدام التكنولوجيا وبالذات الدعاوى القضائية التي تستهدف النيل من التكنولوجيا وخاصة تلك المتعلقة ببراءات الاختراع ، وذلك مثال الدعاوى التي يكون موضوعها إبطال البراءة أو المنازعة في ملكيتها . ويستهدف القانون بالنص على ضمان انتفاع المستورد بالتكنولوجيا انتفاعاً هادئاً ومستقراً بحيث لا يفاجئ أثناء سريان العقد بالحكم في دعوى ضد المورد تسلب هذا الأخير حقوقه الناشئة عن البراءة وبما يؤثر على انتفاع المستورد بالتكنولوجيا ^(٧١) . ولم يضع المشرع المصري جزاء للإخلال بهذا الالتزام ، وإن كنا نعتقد أنه يجوز إبطال العقد إذا أخفى المورد عن المستورد وجود منازعة حقيقية حول التكنولوجيا محل العقد ^(٧٢) .

ومن ناحية ثالثة ، فإن للتكنولوجيا - باعتبارها سلعة يتم عادة استيرادها من الخارج - تكون خاضعة للقوانين والإجراءات السائدة في بلد التصدير أي للقانون المحلي للبلد الذي تم منه التصدير . وعليه ، يلتزم المورد بالكشف للمستورد مثلاً عن قيود تصدير الأجهزة والمواد

(٧١) بعقبة عامة راجع : دليل التواخيص المد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٥٦٤ ص ١٢١ .

(٧٢) ولقد كان نص مشروع الأكاديمية يلزم المورد بالكشف عن تلك العقبات "وقت التعاقد" ، لذلك فإن نص قانون التجارة أفضل إذ يلزم المورد بذلك خلال مرحلة التفاوض والتعاقد على السواء . وكان نص المادة ٨/ب من مشروع الأكاديمية يجري على النحو الآتي : يلتزم المورد "أن يكشف - وقت التعاقد - عن أية قيود أو عقبات قد تؤثر على الحقوق الناشئة عن التكنولوجيا بما في ذلك أي إجراء رسمي أو قضائي" . وراجع كذلك :

Behrman, Comments on Developing Countries on Codes of Conduct

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٣٩ .

الخام للخارج ، وقواعد وإجراءات تحويل العملات الأجنبية ، الرسوم والضرائب والاعفاءات ، وغيرها . كما يلتزم المورد بالافصاح عن أحكام قانونه الوطني في هذا الخصوص ، إذا تضمن هذا القانون أحكاماً من شأنها التأثير على عملية نقل التكنولوجيا لاتحاد العلة في الحالتين^(٧٣) .

هـ. التزامات أخرى :

أ. الالتزام بتقديم التحسينات :

تنص المادة ٢/٧٧ من قانون التجارة على أنه "كما يلتزم المورد بأن يعلم المستورد بالتحسينات التي قد يدخلها على التكنولوجيا خلال مدة سريان العقد وأن ينقل هذه التحسينات إلى المستورد إذا طلب منه ذلك". وعليه ، إذا قام المورد بتطوير التكنولوجيا التي يمتلكها أثناء فترة سريان العقد ، كان عليه أن ينقل إلى المستورد هذه التحسينات ، إذا طلب المستورد ذلك^(٧٤) . ويهدف هذا الالتزام إلى تمكين المستورد من تطوير انتاجه السلعي والخدمي طوال مدة العقد . ولا شك أن تنفيذ هذا الالتزام سيؤدي إلى المساهمة في اكتساب المستورد للتمكن التكنولوجي بالمعنى الفني الدقيق^(٧٥) .

(٧٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٦ .

(٧٤) ومعنى ذلك أن الالتزام بتقديم التحسينات لا بد من النص عليه صراحة في العقد ، ولا يستفاد منه ضمناً . وراجع المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٧ .

(٧٥) وقد اشترط المستورد في العقد ضرورة قيام المورد بتقديم التحسينات ، فيجب أن يبين العقد بوضوح ما إذا كان المقابل المدعوم لتكنولوجيا يشمل كذلك تلك التحسينات ، أم أن كل -

بـ . الالتزام بالمحافظة على السرية :

تنص المادة ٨٣/٢ من قانون التجارة على أنه "وكذلك يلتزم المورد بالمحافظة على سرية التحسينات التي يدخلها المستورد وينقلها إليه بموجب شروط في العقد ، ويسأل المورد عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية". وينصرف هذا الالتزام إلى الحالة التي يقوم فيها المستورد بإدخال تحسينات على التكنولوجيا محل العقد^(٧٦). فإذا اشترط في العقد أن يقوم المستورد بنقل هذه التحسينات ، لكونها لها قيمة في ذاتها أو لكونها تضيف ميزات إلى التكنولوجيا القائمة ، فإن المورد يلتزم بالحفاظ على سرية هذه التحسينات باعتبارها ملكاً للمستورد ، فلا يجوز للمورد إفشاء سريتها عن طريق الترخيص بها لأشخاص آخرين مثلاً بدون إذن المستورد.

ثانياً . التزامات المستورد :

١ . الالتزام بأداء المقابل :

تنص المادة ٨٢/١ من قانون التجارة على أن "يلتزم المستورد بدفع مقابل التكنولوجيا والتحسينات التي تدخل عليها في الميعاد والمكان المتفق عليهما". ويعتبر الالتزام بدفع المقابل هو أهم التزام يقع في جانب المستورد في عقود نقل التكنولوجيا، ولذا يحرص الطرفان على تحديده ووضع ضوابطه بإحكام شديد^(٧٧). ولا يفوت المورد ، وهو

^{٧٦} - تحسين يتم دفع مقابله على حدة . راجع الدكتور محسن شميث ، نقل التكنولوجيا من الناحية

القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٨٩ .

^(٧٦) للمذكرة الايضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٨ .

^(٧٧) راجع في معايير تقدير قيمة حقوق الملكية الفكرية :

Kari Sipila, Intellectual Property Valuation and Exploitation =

الطرف الأقوى والأكثر تجربة ، أن يصر على النص صراحة على تحديد ميعاد أو مواعيد دفع مقابل التكنولوجيا ، وكذلك مكان الدفع وهل سيتم ذلك مثلاً في بلد المستورد أو سيتم في بلد المورد ، وكذلك وسيلة الدفع ، وتحديد أسماء البنوك التي ستتدخل في تنفيذ عمليات تحويل مبالغ المقابل ، وتحديد ضمانات الوفاء بالمقابل ، وغير ذلك من الأمور .

ويتوقف تحديد سعر أو تكلفة أو مقابل التكنولوجيا على عوامل عديدة مثل درجة توازن قوى الطرفين أثناء المفاوضات ، وطبيعة حقوق الملكية الصناعية المراد نقلها ، وهل تتمثل في براءة اختراع أم في شكل معرفة فنية أم في حقوق أخرى ترتبط بها علامات تجارية ، أو نماذج صناعية ، أو أسماء تجارية ؟ وهل توجد تكنولوجيا بديلة ؟ وما مدى درجة التقدم الذي أحرزته التكنولوجيا محل العقد في مجال صناعي معين ؟ وما هي الدرجة التي يستطيع المستورد أن ينتفع بالتكنولوجيا محل التعاقد في الإنتاج وفي تحقيق عوائد معينة ؟ وما هي طبيعة الترخيص الممنوح للمستورد ، بمعنى هل هو ترخيص استثنائي أو غير ذلك ؟ وما هو عدد المرخص لهم بنفس التكنولوجيا من نفس المورد ، وهل يوجدون جميعاً في مناطق جغرافية قريبة أم بعيدة ؟

وتنص المادة ٨٢/٢ من قانون التجارة المصري على أنه "يجوز أن يكون المقابل مبلغاً اجمالياً يؤدي دفعة واحدة أو على دفعات متعددة، كما يجوز أن يكون المقابل نصيباً من رأس المال المستثمر في

= المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٤ - ٦ ؛ وفي أهمية تحديد المقابل ، أنظر : الدكتور صالح

الطيار ، العقود الدولية لنقل لتكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٠٧ وما

بعدها .

تشغيل التكنولوجيا أو نصيباً من عائد هذا التشغيل^(٧٨)، وعليه ، يجوز أن يكون المقابل مبلغاً اجمالياً أو جزافياً *Lump sum* ، أو أن يكون نصيباً من رأس المال المستثمر في تشغيل التكنولوجيا أو عائداً من هذا التشغيل . كما لا يوجد ما يمنع من أن يتكون المقابل في جزء منه من مبلغ اجمالي وجزء آخر في شكل عوائد تدرها التكنولوجيا^(٧٩).

والمدفوعات الجزائية هي التي تدفع غالباً في حالة نقل حقوق الملكية الصناعية أو التنازل عنها . وهي مدفوعات يجوز تسديدها دفعة واحدة ، ولا يوجد ما يحول دون تسديدها على دفعات أو أقساط يدفع بعضها عند إبرام العقد أو بعد ذلك بفترة وجيزة ، وعلى أن يتم تسديد الباقي في مواعيد محددة سلفاً . ويتم تقدير هذه المدفوعات كمقابل للتكنولوجيا بناء على عوامل عديدة يأخذها الأطراف في اعتبارهم مثل الحجم التقديري للمبيعات ، وندررة التكنولوجيا محل العقد ، ومدى فائدتها للمستورد لإعطائه ميزات تنافسية في السوق المحلية أو الدولية ، وغير ذلك^(٨٠) . وتتص بعض القوانين الوطنية على السماح بدفع ثمن جزافي

(٧٨) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٨ ؛ دليل التراخيص المعد لصالح الدول النامية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، فقرة ٣٩٩ و ٤٠٠ و ٤٠١ و ٤٠٢ و ٤٠٣ و ٤٠٤ و ٤٠٥ ، ص ٩٥ - ٩٦ .

(٧٩) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرات ٤٠٢ ، ٤٠٣ ، ٤٠٤ ، ص ٩٥ - ٩٦ ؛ الدكتور صالح الطيار ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٠٩ - ٢١١ ؛ الدكتور محمود الكيلاني ، عقود نقل التكنولوجيا في بحث التجارة الدولية - دراسة تطبيقية (١٩٨٨) ص ٢٦٨ - ٢٧٠ .

(أو مقابل اجمالي) للتكنولوجيا في حالة وحيدة فقط هي حالة الترخيص ببراءة الاختراع عن طريق التنازل أو للشراء^(٨٠).

أما العوائد فهي تتكون من مدفوعات متتالية. ويتم تقدير تلك العوائد بناء على النتيجة الاقتصادية للتكنولوجيا وتحديد سعر بيع المنتج الذي تستخدم التكنولوجيا في تصنيعه ، والأرباح المتوقعة أن يجنيها المستورد^(٨١). وقد تتحدد العوائد بنسبة معينة من رقم الأعمال أو من ثمن المبيعات. وقد تزيد هذه العوائد أو تنقص تبعاً لتذبذب أسعار بيع المنتجات أثناء سريان العقد. وقد يشترط في العقد صراحة عدم دفع الفوائد بمجرد الإنتاج ، ولكن ربط دفعها بالبيع الفعلي للمنتجات^(٨٢). وهذا الشرط أفضل لمستورد التكنولوجيا إذ لا يضطر إلى دفع العوائد بمجرد قيامه بالإنتاج ، فيكون بعدئذ تحت رحمة تقلبات السوق فيتحمل عواقبها ومخاطرها وحده ، ودون أي مشاركة من المورد ، وبذلك يتجنب من تجنب خسارة يمكن أن تكون قاسمة. وإذا اتفق على ربط العوائد بالبيع الفعلي للمنتجات ، فإنه يؤخذ عند تقدير تلك العوائد ما إذا كانت المبيعات تحقق أرباحاً وما هو ناتج هذه الأرباح ؟ وإذا تم احتساب معدل العوائد على أساس حجم المبيعات ، فيكون ذلك بنسبة مئوية من سعر بيع المنتج ، وعادة ما يكون هذا هو السعر الاجمالي للبيع والذي يقصد به سعر فاتورة المصنع للمنتجات التي يتم بيعها أو الخدمات التي يتم تقديمها. كذلك قد ينص على احتساب العوائد استناداً إلى صافي سعر

(٨٠) دليل الترخيص للمعد لصالح البلدان النامية ، السابق الإشارة إليه ، ص ٩٥.

(٨١) السابق ، ص ٩٦ - ٩٩ ؛ الدكتور محمود الكيلاني ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال استجارة الدولية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٧٠ - ٢٧٢.

(٨٢) السابق ، ص ٩٦ - ٩٧.

البيع بعد خصم تكلفة قيمة بعض عناصر الإنتاج أو غير ذلك من المصروفات التي تخصم من اجمالي سعر البيع ، كما قد يتم احتساب العوائد على أساس السعر العادل في السوق ، أو على أساس الأرباح^(٨٣).

وقد ينص العقد صراحة على وجوب قيام المستورد بدفع مبلغ معين بحد أدنى (أو ما يطلق عليه العوائد الدنيا *Minimum Revenues*) وبصرف النظر عن نجاح الاستثمار التكنولوجي أو قيام المستورد بتصنيع كميات معينة من المنتج أو بلوغه رقم مبيعات معين أو نصيباً محدداً من الأرباح. وشرط الحد الأدنى من العوائد ليس في مصلحة المستورد وخاصة إذا كان المشروع مازال في بدايته ، إذ قد يتعثر الإنتاج ، فيضطر المستورد مع ذلك إلى دفع الحد الأدنى المشروط^(٨٤). وفي نفس الوقت، فإن اشتراط احتساب حد أدنى يمثل ضماناً أساسية للمورد وبصفة خاصة في عقود التراخيص الاستثنائية ، إذ قد لا يتيسر للمورد منح تراخيص أخرى وبالتالي يكون اعتماده على مبلغ الحد الأدنى للمقابل المتفق عليه في العقد^(٨٥). على أن الحل الوسط الذي قد يرضي الطرفين عند اتفاقهم على ضرورة النص في العقد على حد أدنى لثمن التكنولوجيا هو تحديد العوائد الدنيا وفقاً لجنول سداد تصاعدي يتم حسابه على أساس الإنتاج أو المبيعات أو الأرباح خلال مرحلة البدء بالعمل وبحيث تكون المبالغ المدفوعة منه في البداية أقل بكثير مما هو

(٨٣) السابق ، ص ٩٧ ، و ص ١٠٠ .

(٨٤) في نفس المعنى ، الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٨٣ .

(٨٥) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية - المشار إليه سابقاً ، ص ص ١٠٠ - ١٠١ .

واجب دفعه في المراحل التالية^(٨٦). ومثال ذلك أن يتم الاتفاق على أن يقوم المورد بدفع حد أدنى قيمته نسبة عشرة بالمائة من اجمالي مقابل التكنولوجيا. فإذا كانت هذه النسبة تساوي مثلاً نصف مليون دولار، فإنه قد يدفع خمسين ألف دولار في كل من السنتين الأولى والثانية ومائة ألف دولار عن كل سنة لاحقة إلى أن يستوفي المورد كامل المقابل.

وقد يكون مقابل التكنولوجيا في شكل عوائد تنازلية أو عوائد تصاعدية حسب الاتفاق بين الأطراف. فمن ناحية أولى، إذا كان المتفق عليه هو العوائد التنازلية، فإنها تحسب تبعاً لعدد الوحدات المنتجة أو المباعة. ومن ثم ينخفض معدل العوائد كلما تزايدت الكميات المباعة. ولا ترحب الشركات الدولية بنظام العوائد التنازلية حيث يؤدي إلى تناقص عوائدها عند بلوغ الحد الأقصى من الإنتاج، ومن ثم فقد ترمي هذه الشركات إلى إعاقه أي توسع للمستورد^(٨٧). ومن ناحية ثانية، فقد يتفق الأطراف على الأخذ في تحديد المقابل بنظام العوائد القصوى، وبمقتضى هذا النظام يتم إعفاء المستورد من دفع أي فائض إذا كانت قيمة العوائد المسحوبة تبعاً للإنتاج أو المبيعات أو الأرباح تتجاوز مبلغاً محدداً^(٨٨). ومثال ذلك أن يكون نصيب المورد من المقابل نسبة توازي عشرة بالمائة من رقم المبيعات على ألا يجاوز في

(٨٦) السابق، فقرة ٤٤٢، ص ١٠١.

(٨٧) السابق، فقرة ٤٤٢، ص ١٠١.

(٨٨) السابق، فقرة ٤٤٤، ص ١٠١. ويلعب جانب من الفقه إلى أن شرط الحد الأقصى ليس في صالح المورد، وهو إن نفع المستورد لاسيما في حالة نجاح الاستثمار التكنولوجي، فهو لن يصره. راجع: الدكتور محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٨٣.

أي حال مبلغ نصف مليون دولار . وعليه ، فإن تحقيق أي زيادة في المبلغ تعود على المستورد وحده دون المورد . ففي المثال الذي ذكرناه ، فلو أن نسبة العشرة بالمائة المتفق عليها كانت توازي في لحظة زمنية مليون دولار طبقاً لرقم المبيعات ، فإن المورد لا يحصل رغم ذلك إلا على نصف مليون دولار فقط على الرغم من أن مبلغ المليون دولار مازال في حدود النسبة المتفق عليها . ولاشك أن شرط الحد الأقصى للعوائد هو شرط في مصلحة المستورد .

ويبدو لنا أنه من الأجدي للدول النامية أن تشترط في عقودها لنقل التكنولوجيا دفع عوائد تفضيلية على مبيعات التصدير ، وبحيث يقوم مورد التكنولوجيا بمساعدة المستورد من الدول النامية على البحث عن أسواق جديدة والأخذ بيده للتصدير والنهوض بالمبيعات في الأسواق الدولية . كما أنه من الأفضل للدول النامية ، وفي المشاريع المشتركة مع موردي التكنولوجيا ، أن يشترط احتساب العوائد على أساس صافي سعر البيع وليس على أساس حجم الإنتاج أو اجمالي سعر البيع .

وفي مجال المقارنة بين طريقة الدفع الجزافي والدفع بطريقة العوائد نجد أن لكل منها ميزات ومثالبه لكل من طرفي العقد^(٨٩) . فمن ناحية أولى ، وبالنسبة للمستورد ، فإن المبلغ الجزافي قد يعتبر مجزياً من الناحية الاقتصادية إذا كان تسديده على دفعة واحدة يعادل القيمة الفعلية والحقيقية للتكنولوجيا محل العقد . وعليه ، إذا ارتفعت المبيعات بطريقة كبيرة ، فإن نظام المقابل الجزافي يحفظ للمستورد أرباحاً كبيرة عن قيمة

(٨٩) دليل التفاوض المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، مقررات ٤٤٩ ، ٤٥٠ ، ٤٥١ .

٤٥٢ ، ص ١٠٢ - ١٠٣ ؛ الدكتور صالح بكر الطيار ص ٢٠٩ - ٢١٢

المبيعات ، بعكس الحال فيما لو كان الدفع بطريق العوائد حيث كان المورد سيجني أرباحاً طائلة غير متوقعة ودون مبرر . ومع ذلك قد يكون المقابل الجزافي ضاراً بالمستورد عند عدم بلوغ الانتاج أو المبيعات الحجم المتوقع له ، وبالتالي يكون المبلغ الجزافي المدفوع يفوق القيمة الاقتصادية للتكنولوجيا محل العقد . ومن ناحية ثانية ، وبالنسبة للمورد ، قد يمثل المبلغ الجزافي ميزة من حيث سرعة حصوله على قيمة ثمن التكنولوجيا كاملاً في بداية التعاقد ، وبصفة خاصة عندما تكون التكنولوجيا المنقولة سريعة التغير والتعديل ، فيتمكن المورد من استرداد قيمتها قبل أن تصبح بالية في السوق الدولي . أضف إلى ذلك ، أن حصول المورد على كامل قيمة المبلغ الجزافي يساعده على توجيه تلك المبالغ لتطوير نشاطه البحثي نحو تكنولوجيا أحدث ، وخاصة إذا لم يكن راغباً في تطوير علاقة راسخة مع المستورد . علاوة على أن شرط المقابل الجزافي قد يحمل ميزات ضريبية للمورد ، إذ يعتبر المبلغ المدفوع مقابلاً لسلعة أو لخدمة فيحاسب ضريبياً على هذا النحو ، بينما لو كان الدفع بطريق العوائد ، فمؤدى ذلك خضوع المورد للضرائب على الدخل^(٩٠).

وفي كثير من عقود نقل التكنولوجيا قد يتم الجمع بين الطريقتين في تحديد المقابل : المبلغ الاجمالي والعوائد . فقد يتفق الطرفان على قيام المستورد بدفع جزء من المقابل جزافاً عند التعاقد أو بعد فترة من التعاقد وذلك مقابل الكشف عن المعلومات التكنولوجية التي تمكن المستورد من تقييم التكنولوجيا . وتختلف قيمة هذا الجزء بصورة كبيرة

(٩٠) ديب تراجيس لمعد لصاح المدن اسمية . سابق . ص ص ١٠٢ - ١٠٣ .

تبعاً لاختلاف أشكال وأنماط التكنولوجيا ، حيث تتراوح بين دفع مبلغ ضئيل مقابل إيلاع المعلومات الفنية الأولية ، أو مبلغ ضخيم مقابل التكنولوجيا في صورتها النهائية بما تتطلبه من البحث والدراسة والتطوير . وفي نفس الوقت ، قد يلزم العقد المستورد بدفع مبالغ أخرى في صورة عوائد عن نسب معينة من المبيعات مثلاً^(٩١).

وعلاوة على ما يدفعه المستورد كمقابل للتكنولوجيا قد يلزم العقد المستورد بدفع مبالغ معينة عبارة عن أتعاب نظير تقديم المورد للخدمات والمساعدات التقنية المرتبطة ببراءة الاختراع أو الدراية العملية أو المعرفة الفنية مثل مصروفات تكريب العاملين المحليين ، ومصروفات إرسال خبراء المورد إلى موقع العمل ، ومصروفات الخدمات الإدارية والبحث والتطوير ، ومصروفات الخدمات التقنية المتعلقة بالسلع الانتاجية الضرورية في المنشأة الصناعية التابعة لمستورد التكنولوجيا مثل إعداد الرسومات والمواصفات والعطاءات وغير ذلك من المستندات وكذلك مصروفات تركيب وتشغيل وصيانة للتجهيزات والمعدات أو غير ذلك من الأجهزة^(٩٢).

(٩١) السابق ، ص ١٠٣ . ويرى البعض - بحث - أن المقابل المالي المدفوع يتعين أن يكون في جميع الأحوال متناسباً مع التكنولوجيا المقدمة ، وتقدير هذا تناسب مسألة صعبة ودقيقة . ويرجع ذلك بصفة أساسية إلى عدم وجود سوق دولي للتكنولوجيا يتحدد من خلاله أسعار التكنولوجيا . كما أن الوصول إلى هذا التناسب يكاد يكون أمراً مستحيلًا في ظل احتكار الشركات الدولية المالكة للمعارف الفنية والتي تملئ أسعار التكنولوجيا على المشروعات المستوردة في الدول النامية . راجع بصفة خاصة: الدكتور حسام محمد عيسى ، نقل التكنولوجيا - دراسة في الآليات القانونية للتنمية الدولية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، فقرة ١٢ وما بعدها .

(٩٢) دليل التفاوض المعد لصاخب البلدان النامية ، ص ١٠٥ - ١٠٧ .

ومن المسائل الهامة المرتبطة بمقابل التكنولوجيا مسألة تحديد العملة الحسابية المستعملة في حساب التزامات الدفع ، وكذلك اختيار العملة المستعملة للوفاء بهذه الالتزامات ، وقد تكون العملة الحسابية هي أيضاً عملة الدفع . ويجوز أن تكون العملة الحسابية للمقابل الجزافي للتكنولوجيا هي عملة بلد المستورد أو عملة بلد المورد أو أي عملة لأي بلد آخر . وبالنسبة لمبالغ العوائد ، فيجوز أن يتم حسابها وفقاً لعملة البلد الذي يتم فيه الانتاج أو عملة أي بلد آخر ، وذلك فيما إذا كانت العوائد ترتبط بحجم الانتاج وليس بسعر الوحدة المباعة . أما إذا ارتبطت العوائد بالمبيعات نفسها ، فعادة ما تكون العملة الحسابية هي عملة البلد الذي تتم فيه المبيعات . أما إذا كانت المبيعات معدة للتصدير ، فإنه يجوز اختيار عدة عملات هي عملات البلاد التي يتم التصدير إليها . وبالنسبة لمصروفات المساعدة الفنية مثل مصروفات تكريب العاملين ، فإنه يتم اختيار عملة البلد التي ينتمي الخبير بجنسيته إليها أو عملة البلد الذي تؤدي فيه الخدمات ، وقد يدفع جزء من تلك المصروفات بعملة بدل مستورد التكنولوجيا إذا تعلق هذا الجزء بمصروفات إقامة خبراء المورد مثلاً في بلد المستورد (٩٣) .

أما بالنسبة لعملة الدفع ، أي تلك العملة التي تحول إليها قيمة الالتزامات ، فقد تكون كما ذكرنا سلفاً هي نفس العملة الحسابية ، ولكن رضاء المورد بذلك رهن أمور عديدة مثل معدلات التضخم ، سعر الصرف ، مدى استقرار تلك العملة في سوق النقد العالمي ، والقوانين الضريبية والمالية وغيرها . وعادة ما ينص عقد نقل التكنولوجيا نفسه

(٩٣) نيساق ، ص ص ١١٠ - ١١١ .

على أنه إذا لم تكن عملة الدفع المختارة هي نفسها العملة الحسابية ، فإن سعر التحويل يكون هو المذكور في العقد أو في أحد ملاحقه ، وقد يكون هذا السعر هو السعر الرسمي الذي تحدده سلطات النقد المحلية أو الدولية، أو متوسط هذه الأسعار أو أي سعر تجاري يطبقه مصرف تجاري وطني أو أجنبي . وبصفة عامة ، ينبغي على مورد التكنولوجيا الاتصياح مع الأحكام والشروط المنصوص عليها في أنظمة تحويل العملات الأجنبية السائدة في بلد المستورد والتي تقرها السلطات المالية المحلية^(٩٤).

وليس من النادر أن تصر الشركات الدولية في عقود نقل التكنولوجيا مع المشروعات المستوردة في الدول النامية على إضافة شرط الثبات التشريعي بالنسبة للجوانب المالية للعقد حتى يمكن تفادي التغيير والتبديل في تشريعات بلد مستورد التكنولوجيا . ولا شك أن هذا الشرط يؤخذ في الاعتبار عند تقدير قيمة المقابل الذي يتعين الوفاء به للمورد . كما تعتبر الضرائب من أهم المسائل التي يراعيها الأطراف عند تحديد المقابل . فعادة ما يشترط المورد حصوله على مقابل التكنولوجيا خالصاً من كافة الأعباء المالية في بلد المستورد بما فيها الضرائب والمصروفات الأخرى مثل مصروفات إعداد وتوثيق العقد والرسوم الجمركية على الآلات والأجهزة والمواد الخام المستوردة واللازمة للإنتاج ، وغير ذلك^(٩٥).

(٩٤) السابق ، ص ١١١ - ١١٢ ، وبصفة عامة راجع :

الدكتور نعيم عطية ، التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية - صمان الاستحقاق (دار النهضة

العربية - القاهرة - بلون سنة نشر) ص ٩ - ١٠ .

(٩٥) السابق ، ص ١١٢ - ١١٣ .

كما تنص المادة ٣/٨٢ من قانون التجارة على أنه "ويجوز أن يكون المقابل كمية معينة من السلعة التي تستخدم التكنولوجيا في إنتاجها أو مادة أولية ينتجها المستورد ويتعهد بتصديرها إلى المورد". وعليه ، فقد أجاز المشرع المصري نوعاً من المقابل معروفاً على المستوى الدولي في عقود نقل التكنولوجيا ، وهو المقابل العيني . إذ يتعهد المستورد بأن يقوم بتوريد كمية معينة من السلع التي تستخدم التكنولوجيا في إنتاجها كنسبة معينة من الانتاج يجد الطرفان أنها تساوي مقابل عادلاً للتكنولوجيا محل العقد . كما يجوز أن يكون هذا المقابل في صورة مادة أولية يحوزها أو يستخرجها أو ينتجها المستورد ويحتاج إليها المورد مثل القطن أو نوع معين من المعادن أو غير ذلك ^(٩٦).

والحقيقة أنه قد يكون هناك نفع للمستورد من استخدام أسلوب المقابل العيني لنفع ثمن التكنولوجيا المنقولة ، إذ لا يضطر إلى دفع مبالغ نقدية معينة إلى المورد وخاصة إذا كان في بداية عهده بالانتاج أو كان يفتقر إلى السيولة أو العملة الأجنبية ، علاوة على أن هذا الأسلوب يضمن للمستورد إلى حد كبير كفاءة التكنولوجيا المنقولة إذ يزداد حرص المورد على نوعية وحجم الانتاج ترقياً لزيادة نصيبه في المقابل العيني المتفق على حصوله عليه . ومع ذلك ، فإن نفس الميزة قد لا تتحقق في حالة ما إذا كان المقابل العيني يقتصر على المواد الخام التي يحصل عليها المورد من المستورد حيث لا يوجد للمورد ذات الدافع على ضمان

(٩٦) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٨ . الدكتور محمود الكيلاني ، عقود نقل

تكنولوجيا في مجال التجارة الدولية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٧٣ - ٢٧٤

التكنولوجيا المنقولة اللهم إلا إذا كانت المادة الخام ذاتها هي التي تستخدم في الإنتاج^(٩٧).

٢. الالتزام بالسرية :

تنص المادة ٨٣/١ من قانون التجارة على أن "يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها ، ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على إبرام العقد أو بعد ذلك".

ولما كانت السرية هي جوهر التكنولوجيا المتمثلة في المعرفة الفنية ، فقد حرص المشرع المصري على انعقاد مسئولية المستورد عن قيامه بإفشاء تلك السرية، إذ أنه بذلك يلحق ضرراً كبيراً بالموارد لانهيار التكنولوجيا التي ذاعت أسرارها ، فأصبحت معروفة للمتخصصين في الفن الصناعي بحيث يمكنهم استغلالها دون الرجوع إلى المورد باعتباره مالكا الأصلي^(٩٨). ومن ثم ألزم القانون المستورد بتعويض المورد

(٩٧) الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٨٤ - ٨٥.

(٩٨) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٨ ؛ وراجع بصفة عامة :

Bertram I. Rowland, Trade Secrets and Know How Licensing: Contracts for Secrecy as to Negotiation Disclosures, (Published in Domestic and Foreign Technology Licensing ed. Tom. Arnold, 1984) pp. 721 - 731.

وفي الفقه العربي . راجع : الدكتور يوسف عبدالمجدي خليل الأكياي . نظام التقاضي بقدر نقل التكنولوجيا . المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٢١ - ٢٢٥ . والدكتور محمود

عن الأضرار التي تلحق به بسبب الإخلال بواجب عدم إذاعة سر الابتكار . وقد يصل للتعويض الذي يحكم به في هذه الأحوال إلى مبالغ كبيرة ، تراعي المحكمة عند تقديرها قيمة التكنولوجيا محل العقد في السوق والأموال التي أنفقها المورد في سبيل اكتشافها وتطويرها وكذلك كسبه الفائت فيما لو كانت السرية قائمة وكان بمقدوره الاستمرار في استثمار ما يملكه من أسرار تكنولوجية .

كما يراعى أن المشرع المصري ألزم المستورد بتعويض المورد في حالة إذاعة سر الابتكار ، سواء وقع ذلك خلال مرحلة التفاوض السابقة على إبرام العقد أو بعد ذلك . وعليه ، يلتزم المستورد بالمحافظة على السرية خلال مرحلة المفاوضات وبعدها ، وسواء تم إبرام العقد أم لم يتم . فلا يقتصر التزام المستورد بتعويض المورد، لإقضاء السرية ، على مرحلة تنفيذ العقد ، بل يمتد هذا الالتزام إلى الحالة التي تفشل فيها المفاوضات بين الطرفين وعدم إبرام العقد^(٩١).

ويثور التساؤل عن الأساس القانوني لالتزام المستورد بالتعويض في حالة إخلاله بواجب الاحتفاظ بالسرية . في الواقع تتبغى التفرقة بين فرضين : الفرض الأول ، وهو يتعلق بالحالة التي يحصل فيها الإقضاء في مرحلة التفاوض . وينبغي التفرقة في هذه الحالة بين ما إذا كان المورد قد حصل على تعهد مكتوب من المستورد بعدم الإقضاء أم لا .

الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا - دراسة تطبيقية (١٩٨٨) ص ٢٧٦ - ٢٨٢ .

٥٩١ المذكورة سميحة القليوبي . 'تفاوض في عقود نقل تكنولوجيا' ، البحث منشور إليه سابقاً .

فإذا حصل المورد على ذلك التعهد ، فإنه يمكن القول بأن أساس المسؤولية تعاقدية ، وأن الإخلال بالتعهد المكتوب هو الذي يثير المسؤولية. وإذا لم يتم الحصول على هذا التعهد ، فليس معنى ذلك تتصل المستورد من المسؤولية عن الإقضاء ، إذ يظل المستورد مسئولاً ولكن على أساس المسؤولية التقصيرية أو ما يطلق عليها باللغة الإنجليزية *Tort liability* ، ويستند التزام المستورد بعدم الإقضاء ، في حالة غياب التعهد المكتوب ، إلى علاقة الثقة *Confidential relationship* التي نشأت بين الطرفين خلال المفاوضات والتي بناء عليها قام المورد بالبوح للمستورد بجانب من أسرار التكنولوجيا التي يمتلكها ، وأن إخلال المستورد بهذه الثقة هو الذي يربط مسؤوليته. أما الفرض الثاني ، فهو يتعلق بالإخلال بالالتزام بالمحافظة على السرية بعد إبرام العقد ، ولاشك أن المستورد يكون مسئولاً في هذا الفرض على أساس الإخلال بالعقد ذاته^(١٠٠). وعلى أي الأحوال ، فإنه طبقاً لقانون التجارة المصري الجديد ، فإن التزام المستورد بالتعويض لإخلاله بالمحافظة على السرية أصبح يجد مصدره في نصوص القانون ذاته.

والحقيقة أن المشروع الدولي ، باعتباره مورداً للتكنولوجيا ، يحرص - دافعاً لأي شك حول حماية سرية التكنولوجيا - على تضمين عقده مع المستورد شرطاً صريحاً يقضي بالالتزام هذا الأخير بالحفاظ على السرية سواء في مرحلة التفاوض أو بعد إبرام العقد. وعادة ما يتضمن هذا الشرط الصريح نطاق الالتزام بالسرية من حيث الأشخاص

(١٠٠) أنظر بحثنا بعنوان فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لخمايتها . المشار إليه سابقاً ، وخاصة المبحث الثاني منه بعنوان الأساس القانوني لحماية المعرفة الفنية من ص ١٠١ إلى ص ١٤٥ .

الذين يشملهم فرض هذا الالتزام ، وبحيث يشمل العاملين في مشروع المستورد وخاصة خبراءه المحليين ومهندسيه ، ومما يضطر المستورد إلى تضمين عقود العمل مع هؤلاء الأشخاص اتفاق بعدم الإفشاء *Non-disclosure agreement* . ويكون هذا الاتفاق في شكل شرط في عقد العمل ذاته ، أو بوثيقة مستقلة ملحقة به . كذلك قد يأخذ الشرط الصريح بعدم الإفشاء شكل إلزام المستورد بعدم القيام بالترخيص للغير بالتكنولوجيا ، دون الرجوع إلى المورد نفسه ، أي حظر الترخيص من الباطن . بل إن المورد قد يبالغ في الحرص على المحافظة على سرية التكنولوجيا ، فيضع شرطاً في العقد يملي على المستورد وعلى العاملين لديه الالتزام بالسرية حتى بعد انتهاء مدة عقد نقل التكنولوجيا^(١٠١) . ويحسن في هذه الحالة أن تتحدد بشكل واضح تلك المدة حتى لا يسلط الالتزام بالمحافظة على السرية على رغبة المستورد إلى ما لا نهاية^(١٠٢) .

ومع هذا ، فإن خلو العقد من شرط أو نص صريح بإلزام المستورد بالحفاظ على السرية لا يحرم المحكمة من تعويض المورد على أساس أن عقد نقل التكنولوجيا من العقود التي تبني على الاعتبار الشخصي وأن تنفيذ العقد بحسن نية وكذلك النية المشتركة للطرفين التي تظهر من بنود العقد بصفة عامة يرجحان استخلاص شرط ضمني بإلزام المستورد بعدم الإفشاء . وفي بعض القوانين الأجنبية كالقانون

(١٠١) السابق ، ص ٦٣ - ٦٥ .

(١٠٢) وبصفة خاصة يجب على الطرفين في العقد تنظيم أداء المقابل في حالة زوال السرية بفعل غير حق من المستورد من حيث تقييده أو حتى انقضاء الالتزام بأدائه . أنظر في ذلك : الدكتور محسن شفيق . نقل تكنولوجيا من الداحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٨٧ .

الأمريكي تتأسس مسئولية المستورد عن الإقضاء ، عند غياب شرط صريح بعدم الإقضاء ، على نظرية العقد الضمني ، سواء العقد الضمني في الواقع *Contract implied in fact* ، أو العقد الضمني وفقاً للقانون *Contract implied in law* (١٠٣) .

وإذا كان المستورد يلتزم بالحفاظ على السرية في مرحلة المفاوضات وطوال تنفيذ العقد ، فإن عليه أن يتنبه لحماية نفسه عند زوال سرية التكنولوجيا لسبب غير راجع إلى خطأ منه . ذلك أنه بزوال السرية يكون الالتزام بدفع مقابل لتكنولوجيا غير محمية قد صار بدون أي مبرر . ومن ثم ينبغي على المستورد التيقظ وذلك بالحرص على صياغة بند في العقد يحرره من أي التزام بدفع المقابل إذا ما انهارت سرية التكنولوجيا لسبب غير عائد إليه .

٣. التزامات أخرى :

أ. الالتزام باستخدام عاملين مهرة :

تنص المادة ٧٩ من قانون التجارة على أن "يلتزم المستورد بأن يستخدم في تشغيل التكنولوجيا عاملين على قدر من الدراية الفنية وأن يستعين كلما لزم الأمر بخبراء فنيين ، على أن يكون اختيار هؤلاء العاملين أو الخبراء من المصريين المقيمين في مصر أو في الخارج كلما كان ذلك متاحاً " .

(١٠٣) الدكتور جلال ولاء محمدين ، فكرة لمعرفة الغية والأساس نقابي خدمتها ، المنشور به سابقاً، ص ص ١٢٩ - ١٣١ .

ويهدف المشرع من وراء إلزام المشروع المصري المستورد باستخدام عاملين وفنيين أكفاء الحفاظ على جودة الإنتاج ، واستغلال التكنولوجيا المنقولة إلى أقصى درجة ممكنة حتى تؤدي ثمارها وعوائدها المرجوة . أضف إلى ذلك ، أن هذا الالتزام يساعد على تعميق فكرة اكتساب التمكن التكنولوجي . فاستخدام المستورد لعمال على درجة من الدراية الفنية والاستعانة بخبراء فنيين من شأنه المساعدة على سرعة تلقي التكنولوجيا وتطبيقها وربما تطويرها ^(١٠٤) . على أن إلزام المستورد المصري باستخدام عمال على قدر من الدراية وخبراء فنيين "لا يعني مطلقاً إعفاء المورد من التزامه الرئيسي بتقديم المساعدة الفنية، وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب لأن الهدف الأساسي من نقل التكنولوجيا هو إيجاد الخبرة المحلية النادرة ومن ثم لا يستطيع المورد الاحتجاج بنص المادة ٧٩ ، للتصل من التزامه بالتدريب ونقل الخبرة أو للتصل من المسؤولية الناتجة عن إخلاله بهذا الالتزام ، بما قد يؤدي إليه ذلك من عجز الطرف المورد عن تشغيل التكنولوجيا بحجة أن المستورد لم يستخدم خبراء فنيين ، وإلا كان معنى ذلك إفراغ التنظيم القانوني لنقل التكنولوجيا كله من محتواه ومضمونه" ^(١٠٥) . وحرصاً على اكتساب التكنولوجي ، فلقد ألزم المشرع المستورد بأن يكون اختياره للخبراء الفنيين من المصريين المقيمين في مصر أو من المصريين الموجودين في الخارج كلما كان ذلك متاحاً .

(١٠٤) أنظر في انتقاد المادة ٩/١ من مشروع الأكاديمية ، والمقابل لنص المادة ٧٩ من قانون التجارة ،

الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، ص ٨٦ - ٨٧ .

(١٠٥) ملدكرة :لايصاحبة لمشروع قانون التجارة ، ص ٣٧ - ٣٨ .

بـ إطلاع المورد على الأحكام القانونية لاستيراد التكنولوجيا :

تنص المادة ٨٠ من قانون التجارة على أن "يلتزم المستورد بأن يطلع المورد على أحكام التشريعات الوطنية المتعلقة باستيراد التكنولوجيا". فيلتزم المستورد بإطلاع المورد على أحكام القانون المصري ، فيما يخص القواعد المنظمة لنقل التكنولوجيا واستيرادها . وبصفة خاصة ، يجب على المستورد تبصير المورد بأنواع التكنولوجيا المحظور استيرادها وبذلك الأنواع التي تحظرها مثلاً قوانين البيئة ، وكذلك المواصفات التي يشترط توافرها في التكنولوجيا المستوردة ، ونسبة المكون المصري إلى المكون الأجنبي ، والمواد الخام المحظور استخدامها واستيرادها ، وقوانين الجمارك والقوانين المنظمة لتحويل العملات ، وغيرها (١٠٦).

جـ الالتزام بعدم الترخيص من الباطن :

تنص المادة ٨١ من قانون التجارة على أنه "لا يجوز للمستورد النزول للغير عن التكنولوجيا التي حصل عليها إلا بموافقة موردها". والحقيقة أن المشرع المصري بتقريره هذا النص لم يفعل شيئاً أكثر من تقنين الشرط الذي يتم إرجاعه غالباً في جميع عقود نقل التكنولوجيا أيأ كان شكل التكنولوجيا موضوع العقد وسواء تمثلت في براءة اختراع أم معرفة فنية أو غيرها من أشكال الملكية الصناعية. ذلك أن عقود نقل التكنولوجيا باعتبارها من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي تقتضي النظر إلى الطرف الآخر في العقد ، ولعل مالك التكنولوجيا هو الأكثر

(١٠٦) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون لتجاره ، ص ٣٨

على تحديد الشخص الذي تنقل إليه المعلومات التكنولوجية أو يصرح له باستخدامها ، بمعنى أن يكون المورد باعتباره مالكا للتكنولوجيا الكلمة الأخيرة في تحديد من يتم له الترخيص بالتكنولوجيا وبحيث يتمتع على المستورد أو المرخص له إعادة الترخيص بها أو التنازل عنها لشخص آخر بدون سابق الحصول على موافقة المورد (١٠٧).

وتظهر أهمية هذا النص بصفة خاصة عندما تكون التكنولوجيا في شكل معرفة فنية تتميز بالسرية ، فيعد التزام المستورد بعدم النزول للغير عن التكنولوجيا امتداداً طبيعياً لالتزامه بالسرية التي نصت عليها المادة ٨٣ من القانون ، ويرى جانب من الفقه أنه إذا كان إدراج شرط السرية في عقود نقل التكنولوجيا يقصد منه الاحتفاظ بالاحتكار التكنولوجي ، فقد كان يتعين أن يقتصر دور المشرع المصري على مجرد وضع الضوابط التي تكفل ممارسته في إطار المصلحة العامة وليس تقنين هذا الشرط . ومعنى ذلك أن قصر استخدام التكنولوجيا على المستورد دون غيره من شأنه حرمان المشروعات الوطنية الأخرى في مصر من استعمال ذات التكنولوجيا ، وبما يعني أن مشروعاً وطنياً آخرأ عليه أن يستورد ذات التكنولوجيا بأعباء مالية جديدة ، وبما يشكل أعباء مالية ضخمة على الاقتصاد القومي ، ولا يؤدي إلى اكتساب مصر

(١٠٧) ولكن يجدر القول إن المورد نفسه قد يرحب بالترخيص من الباطن لاسيما إذا ما توافرت له ضمانات معينة مثل استمرار المرحص له في دفع مقابل التكنولوجيا مع نسبة معينة من المقابل في عقود الترخيص من الباطن مع تعهد المرحص لهم من الباطن بالمحافظة على سرية التكنولوجيا .
راجع : دليل الترخيص المعد لصالح البلدان النامية ، ص ١١٧ ؛ وصمة في مسألة الترخيص من باطن . راجع الدكتور يوسف عبد الهادي حليل الأكياي ، النظام القانوني لعقود نقل تكنولوجيا ، مخرج شرعية ص ١٥٨ - ١٦١ .

للتمكن التكنولوجي^(١٠٨). وعلى العكس من ذلك ، فإن بعض الدول النامية الأخرى نصت في تشريعاتها الوطنية لنقل التكنولوجيا على حرية الطرف الوطني المستورد في الترخيص من الباطن للتكنولوجيا لأي طرف وطني آخر ووفقاً لذات الشروط المتفق عليها فيما بين كل الأطراف بما فيها الطرف الأجنبي مع الحصول على موافقة الحكومة على تلك الشروط. وعليه ، ووفقاً للرأي السابق كان من الواجب أن يقتصر أثر الشرط القاضي بعدم الترخيص من الباطن على حرمان المستورد الوطني من القيام بذلك لمشروع أجنبي آخر^(١٠٩).

والحقيقة إن الرأي السابق ، وإن كان يتميز بالروح الوطنية ، إلا أن النتيجة التي يرنو إليها قد يكون صعباً بلوغها . فمن جهة أولى ، فإنه لو تم السماح للمشروع الوطني المستورد بالقيام بالترخيص من الباطن إلى مشروعات أخرى وطنية ودون الحصول على إذن المورد ، فمن شأن ذلك أن يبالغ هذا الأخير في تقدير قيمة مقابل التكنولوجيا الذي يتعين على المستورد أدائه لتعويض فرصته في القيام بإعادة الترخيص لمشروعات وطنية أخرى ، وبما يعني زيادة كلفة نقل التكنولوجيا إلى حد كبير وتحميل الاقتصاد القومي بهذا العبء ، ومن ثم تنهار حجة

(١٠٨) الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، البحث المشار إليه سابقاً ، ص ٩٠.

(١٠٩) ومثال ذلك القواعد الإرشادية التي وضعها الحكومة الهندية لكي تهتدي بها المشروعات المختلفة عند إبرام عقود نقل التكنولوجيا. أنظر الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، السابق الإشارة إليه ، ص ٩٠ - ٩١ . ولكن يلاحظ أن هذا المثال وكذلك النص الذي تم الاستشهاد به لا يعدو عن كونه مجرد قاعدة إرشادية وضعها الحكومة الهندية وليس نصاً قانونياً ملزماً.

الرشادة الاقتصادية لنقل التكنولوجيا المقول بها . ومن جهة ثانية ، فالقول بأن قصر استخدام التكنولوجيا على المشروع المستورد أي المرخص له الأصلي من شأنه حرمان المشروعات الوطنية الأخرى التكنولوجيا وبما يؤدي إلى إعاقة اكتساب التمكن التكنولوجي هو قول مبالغ فيه ، ذلك أن تلك المشروعات يمكنها الحصول على تراخيص من ذات المورد بنفس شروط الترخيص الأول ، وربما بشروط أفضل . وعليه ، فإن أي مشروع يتم الترخيص له من الباطن سيلتزم بدفع مقابل للتكنولوجيا يعادل على الأقل ما دفعه المستورد المرخص له الأصلي . صحيح أن هذا المقابل الذي يدفعه المرخص له من الباطن سيكون من نصيب الاقتصاد القومي على أساس مداده للمستورد الأصلي ، ومن ثم لا تكون هناك أعباء خارجية على الاقتصاد القومي ، إنما هذا لا يعني مطلقاً أن الترخيص من مشروع وطني إلى مشروع وطني آخر سيؤدي إلى اكتساب التمكن التكنولوجي لأن تعدد التراخيص في حد ذاته لا يؤدي إلى حصول هذا التمكن . فإذا لم يكن المستورد (المرخص له الأصلي) قد اكتسب فعلاً التكنولوجيا بموجب عقد الترخيص له من المورد ، فيماذا يرخص إذاً ؟ وهل فاقد الشيء يعطيه ؟ وعلى العكس من ذلك ، إذا كان المستورد قد اكتسب التكنولوجيا فعلاً من موردها الأجنبي ، فإنه لا محل لأي جدل حول هذه المسألة أصلاً .

ثالثاً - جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد نقل التكنولوجيا (١١٠):

عقد نقل التكنولوجيا من العقود المستمرة التي يتراخى تنفيذها زمنياً. لذلك قد يحدث أثناء سريان العقد أن يمتنع أحد الطرفين عن تنفيذ كل أو بعض التزاماته الجوهرية الناشئة بموجب العقد. وإذا لم تقلح الوسائل السلمية لحدث الطرف المقصر على الوفاء بالتزاماته، جاز للطرف الآخر طلب الفسخ مع التعويض، إن أمكن. وقد يختلف الوضع بحسب ما إذا كان المتخلف عن تنفيذ الالتزامات العقدية هو المورد أم المستورد وعلى النحو الآتي:

(أ) الجزاءات في مواجهة المورد:

١- عدم تنفيذ الالتزام بنقل التكنولوجيا:

يعد المورد متخلفاً عن تنفيذ العقد إذا لم يقم بأداء التزاماته الجوهرية وخاصة فيما يتعلق بنقل المعلومات الفنية وتقديم المساعدة التقنية إلى المستورد (١١١).

(١١٠) راجع بصفة خاصة في هذا الموضوع:

الدكتور محمود الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا (رسالة دكتوراة - جامعة القاهرة - ١٩٨٨)، وكذلك لنفس المؤلف: عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا - دراسة تطبيقية (١٩٨٨).

(١١١) دليل المراجعين للمعادن النامية، المشار إليه سابقاً، فقرة ٥٥٧، ص ١٢٠.

وفقرات ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ص ١٢٠ - ١٢١.

وفي هذه الحالة ، يجوز للمستورد - طبقاً للقواعد العامة - أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى^(١١٣). وغالباً ما تنص عقود نقل التكنولوجيا على إعمال هذا الجزء مع حق المستورد في استرداد أية مدفوعات يكون قد أداها إلى المورد^(١١٤). أما إذا لم يكن هناك شرط صريح في العقد يخول المستورد حق الفسخ التلقائي ، فإن القاضي قد يرى - بدلاً من إعمال الفسخ القضائي - إعطاء المورد مهلة معينة لتمكينه من أداء الالتزام مع تعويض المستورد عن التأخير الحاصل بسبب ذلك . وفي كل الأحوال لا يمكن إعمال الجزء في مواجهة المورد إلا إذا كان هو نفسه المتسبب في الإخلال بالعقد^(١١٥).

(١١٢) الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٩٤ ؛ ويلاحظ أن غثافت المورد عن تسليم التكنولوجيا قد يتحقق غالباً في عدم مطابقتها لما هو متفق عليه في العقد ، ومعايير هذه المطابقة يكون بالنظر إلى الكفاءة الكلية للتكنولوجيا و "بما يعنى مطابقة كافة عناصر المعرفة الفنية على نحو تؤكد فيه هذه العناصر تحقيق النتيجة المطلوبة ، وأن أهمية المطابقة تكمن في أن عدم المطابقة يؤدي إلى تفويض العقد لأن المورد لم يسلم المعرفة الفنية على نحو ما تم الاتفاق عليه ، وهو بالنتيجة يتحمل مسؤولية عدم تنفيذ التزامه بالتسليم " . أنظر الدكتور محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، المشار إليه سابقاً ص ٣٣٤ . وقد يتخذ التعويض أشكالاً عديدة كالتعويض النقدي ، وفي عقود نقل التكنولوجيا على المستوى الدولي ، فإن المستقر عليه أن هذا التعويض يجسر الضرر المباشر ، وقد يكون التعويض عينياً وذلك كالتزام المورد مثلاً بإصلاح العيب في التكنولوجيا على نفقته ، وقد يكون التعويض عن طريق شراء بديل وهذا التعويض مزيج بين التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل . أنظر الدكتور محمود الكيلاني ، عقود نقل التكنولوجيا ، . . . ، المشار إليه ص ص ٤٧٠ - ٤٧١ و ٤٧٤ - ٤٧٥ و ٤٨١ - ٤٨٤ .

(١١٣) دليل التراجع المعد لصالح البلدان النامية ، فقرة ٥٥٨ ، ص ١٢٠ .

(١١٤) الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٩٤ - ٩٥ .

٢- التأخير في تنفيذ الالتزام :

عادة ما ينص العقد على تعويض المستورد إذا تأخر المورد في تنفيذ التزامه بنقل التكنولوجيا ، وذلك بشرط صريح يربط التعويضات عن التأخير بمدة ذلك التأخير . ويستفيد المورد من هذا الشرط ، إذ أنه بمجرد حصول التأخير فإنه يستحق التعويض ، ودون الحاجة إلى قيامه بإثبات قيمة الأضرار الحاصلة ^(١١٥) . ولا شك أن من شأن اتباع هذا الأسلوب تجنيب المستورد الدخول في مناهات اثبات قيمة ما أصابه من خسائر فعلية . وقد ينص العقد على الأسلوب الذي يتحدد به التعويض عن التأخير ، ويكون ذلك إما على أساس معدل يومي ثابت عن كل يوم يتأخر فيه المورد عن تنفيذ التزامه ، أو على أساس نسبة مئوية معينة من سعر فاتورة العناصر المرتبطة بالتكنولوجيا التي تم التأخير في تنفيذها ^(١١٦) .

وقد يحرص المورد على النص صراحة في العقد على حد أعلى للتعويض الذي يلتزم به في حالة التأخير بحيث لا يدفع غيره ، حتى ولو تجاوزت الأضرار الفعلية الحاصلة للمستورد حدود ذلك المبلغ ^(١١٧) . وهذا شرط جائز . ولذلك ينبغي على مستورد التكنولوجيا عدم الموافقة

(١١٥) دليل الزامات المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٥٦٠ ، ص ١٢١ .

(١١٦) السابق ، فقرة ٥٦١ ، ص ١٢١

(١١٧) السابق ، فقرة ٥٦١ ، ص ١٢١ وفي معنى . الدكتور محسن شفيق . نقل التكنولوجيا

من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٩٥

عليه ، كلما أمكن ، حتى لا يضيع عليه حق الحصول على تعويض كافة الأضرار الحاصلة بسبب التأخير .

٣. عدم تحقيق النتائج المطلوبة :

إذا نص العقد على التزام المورد بتحقيق النتائج المرجوة ولم يتمكن من ذلك ، كان للمستورد أن يطلب الفسخ مع التعويض . وعادة ما يتم النص على التعويضات المناسبة في العقد ، أو على الأقل يتم النص على أسس تحديدها ^(١١٨) . كما قد ينص العقد نفسه ، أو اتفاق لاحق ، على منح المورد مهلة معينة لكي يتمكن من الوفاء بالتزامه وتحقيق نتائج التكنولوجيا وإصلاح العيب الذي عطل تنفيذ هذا الالتزام ^(١١٩) . فإذا لم يستطع المورد خلال تلك المهلة رطب الصدع ، استعاد المستورد حقه في الفسخ والتعويض ، ولكن بشرط أن يكون عدم تحقيق النتائج المرجوة راجعاً إلى المورد نفسه ^(١٢٠) . ويتم تقدير التعويض في تلك

(١١٨) دليل التراضي للمعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٥٦٢ ، ص ١٢١ .

(١١٩) وقد يكون ذلك عن طريق منح المورد فرصة بإجراء تجارب للتشغيل للوصول إلى المعدلات المطلوبة بواسطة المعدات أو المنشآت الصناعية المعنية ، وبالتالي يمكن أن يتحدد التعويض وفقاً لدرجة فشل المورد في تنفيذ تعهداته . راجع : دليل التراضي للمعد لصالح البلدان النامية ، السابق الإشارة إليه ، فقرة ٥٦٢ ص ١٢١ . وقد جرى العرف في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا على إعدار الطرف الذي أحل بالتزاماته التعاقدية مع إعطائه مهلة لتصحح الأمر قبل ممارسة حق الفسخ ، فإن انقضت المهلة اعترى العقد مفسوخاً ، ويراعى لكي يقع الفسخ أن يكون الالتزام الذي تم الإخلال به جوهرياً وأن تكون المهلة الممنوحة كافية لتدارك الوضع وتصحيحه . راجع صفة خاصة : الدكتور محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٤٩٥

(١٢٠) الدكتور محمود الكيلاني . 'مرجع سابق في ص ٤٩٥ - ٤٩٦ ، حيث يرى أن أسباب مسح عقود نقل تكنولوجيا عادة ما ترجع إلى أحد أو بعض الأسباب الآتية :

الأحوال بحسب نسبة عدم تحقيق النتائج^(١٢١)، فمثلاً إذا عجز المورد عن تحقيق الانتاج بالمعدلات التي ينص عليها العقد ، فإن قيمة التعويضات تتحدد تبعاً لدرجة فشل المورد في تنفيذ التزاماته . أما إذا أثبت المورد أن عدم تحقيق النتائج التي نص عليها العقد يعود إلى المستورد ، فلا تثريب على المورد ، ومن ذلك قيام المورد بإثبات أن عدم تحقيق النتائج لا يعود إلى الآلات والأجهزة أو طريقة الصنع أو ذاتية المعارف التكنولوجية المنقولة ولكن إلى سوء تشغيل المستورد لها ، أو عدم التزامه بنوعية ودرجة المادة الخام الواجب استخدامها في الانتاج للحصول على النتائج طبقاً للعقد الخ^(١٢٢).

ولعله من الأسلم للمستورد أن يحتجز جزءاً من مقابل التكنولوجيا أو سعر الخدمات أو المساعدة الفنية ، وبحيث يعادل هذا المبلغ الحد الأقصى للتعويض الذي قد يستحق عند إخلال المورد بالتزامه بالضمان . ويتعين في هذه الحالة أن ينص في العقد على احتفاظ المورد بهذا المبلغ إلى حين انقضاء مهلة الضمان . كما يجوز للمستورد ،

١ - عدم تنفيذ المورد لالتزاماته المنصوص عليها في العقد وعلى نحو تزول معه كل فائدة ترجى من التنفيذ إذا تم بعد المدة المعقولة . ٢ - تأخر المورد في تنفيذ التزاماته الرئيسية بشكل يؤدي إلى أضرار كبيرة لا تتناسب مع ما يجنيه المستورد لو تم التنفيذ بعد ذلك . ٣ - تنازل المورد للغير من الباطن عن تنفيذ التزاماته دون موافقة المثلقي للإخلال بالاعتبار الشخصي . ٤ - تراخي المورد - سعن إصلاح العيوب التي ظهرت في التكنولوجيا إلى حد تصبح معه خسائر المستورد غير متناسبة مع القيمة الاقتصادية للعقد . ٥ - قيام المستورد بإفشاء سرية التكنولوجيا أو عدم سداده المقابل المتفق عليه .

(١٢١) دليل التراضيح المعد لصالح البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٥٦٣ ، ص ١٢١

(١٢٢) في معنى قريب ، الدكتور محسن شفيق ، نقل تكنولوجيا من ناحية القانونية ، نترجح نسب إليه سابقاً ، ص ٩٦ - ٩٧ .

بدلاً من ذلك ، أن يطلب من المورد إصدار خطاب ضمان من أحد البنوك المعتمدة بمبلغ يعادل قيمة التعويضات الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالضمان ، وعلى أن يكون هذا الخطاب صالحاً طوال مدة الضمان^(١٢٣) . ولا شك أن خطاب الضمان سيوفر الحماية اللازمة للمستورد ، كما أنه في نفس الوقت لن يضر بالمورد الذي يستطيع الحصول على كامل مبلغ مقابل أو ثمن التكنولوجيا ودون احتجاز المستورد لأي جزء منه^(١٢٤) .

(ب) الجزاءات في مواجهة المستورد :

١- التأخير في دفع المقابل :

يتمثل التزام المستورد الجوهري في أداء مقابل التكنولوجيا . لذلك يحرص المورد على تضمين العقد نص يلزم المستورد بدفع فائدة محددة في حالة التأخير في أداء المقابل في الميعاد المتفق عليه^(١٢٥) . ويلاحظ أن القاعدة هي سريان فوائد التأخير في الوفاء بالمقابل بمجرد استحقاقها ، إلا إذا اشترط القانون الواجب التطبيق أو الاتفاق غير ذلك . ذلك أن الأطراف قد يتفقون على ألا تسري الفوائد إلا بعد قيام المورد

(١٢٣) قارب : الدكتور محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا - دراسة تطبيقية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٤٦٥ - ٤٦٦ ؛ دليل الترخيص المعد لصالح البلدان النامية . مقرة ٥٦٥ ومقرة ٥٦٦ ص ١٢٢ .

(١٢٤) دليل الترخيص المعد لصالح بلدان سامية . نُشر إليه سابقاً . مقرة ٥٦٦ ، ص ١٢٢ .

(١٢٥) سابق ، مقرة ٥٦٨ ، ص ١٢٢ .

بإعذار المستورد لإثبات تخلفه عن الدفع في الميعاد أو المواعيد المحددة
في العقد (١٢٦).

(١٢٦) الدكتور محسن شفيق . نقل التكنولوجيا من الساحة القانونية . مرجع منشور إليه سابقاً . ص

٢- التخلف عن دفع المقابل :

قد لا يقتصر الأمر على مجرد تأخر المستورد في دفع أقساط التكنولوجيا في الميعاد ، ولكن قد يمتد الأمر إلى حد امتناعه كلياً عن أداء هذا المقابل . وفي هذه الحالة ، فعادة ما ينص العقد على مهلة معينة يتعين خلالها قيام المستورد بتدارك الأمر وأداء ما عليه من التزامات مالية ، وفي نفس الوقت يجوز للمورد - خلال تلك المهلة - التوقف عن تنفيذ التزامه بنقل التكنولوجيا أو تقديم المساعدة الفنية وإلى حين سداد المستورد للأداءات المالية طبقاً للعقد^(١٢٧) . فإذا استمر المستورد على إصراره من عدم دفع المقابل ، كان للمورد أن يقوم بفسخ العقد . وقد يكون الفسخ متاحاً طبقاً لشرط صريح في العقد ، فإن لم يكن هناك شرط صريح يقضي بالفسخ ، فما على المورد إلا اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ^(١٢٨) .

وحصول الفسخ لا ينهي المشاكل بين المورد والمستورد . فالفسخ له أثر رجعي ، وبما يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها عند التعاقد ، فيستعيد كل طرف ما يكون قد أداه إلى الطرف الآخر . لكن تطبيق الأثر الرجعي للفسخ قد يكون من الصعب حصوله في عقد نقل التكنولوجيا ، ذلك أنه بموجب هذا العقد يقوم المورد بالإفصاح والكشف عن الأسرار والمعلومات التقنية إلى المستورد . ومن

(١٢٧) ذيل التراضي للمعد لصالح البند الدائمة ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٥٦٩ ، ص ١٢٢ .

(١٢٨) راجع في أسباب فسخ عقود نقل التكنولوجيا : الدكتور محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا - دراسة تطبيقية ، المراجع المشار إليه سابقاً ، ص ٤٩٥ -

ثمّ فلا يمكن للمورد استرداد الدراية التقنية التي اتصلت بعلم المستورد نظراً لأنه قد ألّم بها واكتسب طريقة استعمالها أو استعمالها فعلاً^(١٢٩).
وعلاجاً لهذا الوضع الشائك ، فقد يحرص المورد على النص في العقد على ضرورة قيام المستورد بأداء مقابل التكنولوجيا دفعة واحدة عند تسليمه الأسرار التكنولوجية ، كما قد يتفق الطرفان على نقل التكنولوجيا على مراحل ، فيقوم المستورد بأداء المقابل عن كل مرحلة يتم تنفيذها ، وبذلك لا يضطر المورد إلى الكشف عن مجموع المعرفة الفنية مرة واحدة فيجازف بالإفصاح عن سرّيتها التي هي جوهر حمايتها^(١٣٠).
ولكن هذا الحل الأخير يفترض أن تكون المعرفة الفنية أو التكنولوجية قابلة للتبويض والكشف عن سرّيتها على مراحل .

(١٢٩) وريادة في الحيلة قد يلجأ المورد إلى الحصول من المستورد على كميات أو سندات أذنية غير مشروطة وواجبة الدفع عند الطلب ، وذلك لتغطية حصوله على التعويضات المالية ودون الحاجة إلى إثبات أي صلة بين قيمة الضرر الحاصل له وقيمة هذه الكميات . ولا يملك القاضي سلطة تعديل مثل هذا التعويض حتى في حالة عدم وقوع أي ضرر للمورد أو غياب نسبة أي غش أو خطأ جسيم في جانب المستورد . وهذا الشرط يعرف في العمل باسم "شرط ايزرايل" . راجع الدكتور محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٤٤٢ .

(١٣٠) دليل التراضيح المعد لصالح البلدان النامية ، فقرة ٥٧١ - ص ١٢٢ ، فقرة ٢٧٧ - ص ٧٤ ، فقرة ٢٧٨ - ص ٧٤ ؛ الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٩٨ .

المطلب الرابع

الشروط التقييدية

أولاً - ماهية الشروط التقييدية :

تحرص الشركات الدولية مالكة التكنولوجيا علي إدراج شروط قاسية في عقود نقل التكنولوجيا مع المشروعات من الدول النامية وذلك بحجة ضمان سيطرتها علي المعارف الفنية وتفوقها التكنولوجي ، والحقيقة إن النص في العقد علي هذه الشروط أو بعضها من شأنه تقييد مستورد التكنولوجيا إلى أبعد الحدود، ويجعله دائراً في فلك المورد وتابعاً له، وبما يفرغ عملية انتقال التكنولوجيا من مضمونها لعدم قدرة المستورد على اكتساب التكنولوجيا فعلاً بسبب خضوعه لهيمنة المشروع المورد وسيطرته التكنولوجية.

ومن صور الشروط التقييدية : التزام المستورد بأن ينقل إلى المورد وعلى سبيل القصر وبغير مقابل التحسينات التي يكشف عنها تطبيق التكنولوجيا ، حرمان المستورد من إجراء بحوث أو برامج لتطوير التكنولوجيا محل الاتفاق حتى تتلاءم مع ظروفه المحلية ، إلزام المستورد باستخدام العاملين الذين يختارهم المورد وتقييد حرية المستورد في اختيار عاملين محليين ، إلزام المستورد بثمن معين للمنتجات ، حرمان المستورد من إدخال أي تعديلات أو تحسينات على التكنولوجيا ، إلزام المستورد بمنح المورد حق القصر في بيع السلع أو المنتجات التي استخدمت فيها التكنولوجيا ، إلزام المستورد بشراء ما قد

يدخله أو يضيفه المورد على التكنولوجيا في المستقبل من إضافات أو تحسينات ، حرمان المستورد من السلع التي استخدمت التكنولوجيا فهي إنتاجها أو إعاقه تصديرها ، تقييد حرية المستورد في الإعلان عن السلعة التي استعملت التكنولوجيا في إنتاجها أو الدعاية لها، إلزام المستورد بدفع مبالغ معينة بعد انقضاء حقوق الملكية الصناعية محل عقد نقل التكنولوجيا ، تقييد المستورد في تعيين حجم الإنتاج أو طاقة التشغيل أو نطاق النشاط ، الشرط الذي يحتفظ المورد بمقتضاه بالإشراف على مراقبة صنف السلعة ومستوى الجودة ، الشرط الذي يقضي بإلزام المستورد باستعمال علامات أو تسميات تجارية معينة لتمييز السلع التي استعملت التكنولوجيا في إنتاجها ، الشرط الذي يقضي بعدم تحديد مدة للعقد أو إطالة مدته لفترة غير معقولة ، والشرط الذي يقضي باشتراك المورد في إدارة منشأة المستورد (١٣١).

ثانياً - الشروط التقييدية على المستوى الدولي :

كانت الشروط التقييدية مثار مناقشات حادة وجولات ساخنة في اجتماعات لجنة الابتكاد التابعة للأمم المتحدة عند صياغة مشروع التقنين الدولي للسلوك . فلقد حدث اختلاف جوهري بين الدول الصناعية والدول النامية حول مضمون هذه الشروط ونطاقها وأثرها ، إذ كانت

(١٣١) راجع:

Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct for the Transfer of Technology ...

المشار إليه سابقاً، وخاصة في ص ٢٣٤ - ٢٤٠ ، وفي ماقصة بعض هذه الشروط التقييدية في التشريعات المقارنة ، الدكتور محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا - دراسة تطبيقية ، المرحع المشار إليه سابقاً ص ٢٩٣ - ٣٨١ .

الدول النامية تستهدف التوسع في عدد هذه الشروط وبما يجاوز الأربعين شرط وفي الأثر المترتب عليها من حيث ضرورة بطلانها بطلاناً مطلقاً . أما الدول الصناعية ، فلقد استهدفت الحد من نطاق هذه الشروط ومن أثرها ، بحيث لا تريد عن أربعة عشر شرطاً ، ويقتصر أثر إدراجها في العقد على مجرد خضوعها لتقدير القاضي ، فلا يقع بطلانها وجوباً . وعلى أي الأحوال ، فلقد استقر الأمر على إدراج عشرين شرط من هذه الشروط في مشروع التقنين الدولي للسلوك ، مع معارضة الدول الصناعية الغربية على ستة من هذه الشروط^(١٣٢) . كما حاولت الدول الغربية تقييد الحظر حتى بالنسبة للشروط التقييدية ، بأن تكون تلك الشروط غير معقولة أو بدون مبرر . أما الدول النامية فكانت تريد أن يكون الحظر كاملاً دون اشتراط وصفه بعدم المعقولة ودون فحص ما إذا كان هناك مبرر لهذه الشروط من عدمه . ومن أمثلة الشروط المحظورة في التقنين الدولي للسلوك الشرط الذي يلزم المستورد بأن ينقل إلى المورد وعلى سبيل القصر وبغير مقابل التحسينات التي يكشف عنها تطبيق التكنولوجيا ، الشرط الذي يمنع المستورد من إجراء بحوث لتطوير التكنولوجيا والشرط الذي يملى على المستورد تحديد حجم الإنتاج ونوعيته وثمان البيع^(١٣٣) .

وعلى مستوى السوق الأوروبية المشتركة ، فلقد تبنت اللجنة الأوروبية في ٣١ يناير عام ١٩٩٦ لاتحة تحدد الشروط المباحة والشروط المحظورة في عقود نقل التكنولوجيا . وتضمنت هذه اللاتحة

(١٣٢) الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرحع المنار إليه سابقاً ، ص

ص ٢٦ - ٢٨ .

(١٣٣) السابق ، ص ٢٧ .

قائمة طويلة من الشروط المباحة أو حسب تعبيرها (الشروط البيضاء White Clauses) ، وهي شروط جائزة ولا تبطل إن تضمنها اتفاق نقل التكنولوجيا. وأهم الشروط البيضاء التي جاءت في هذه اللائحة: (١٣٤)

- ١- التزام المرخص له بعدم إنشاء سرية المعرفة الفنية التي أفصح عنها المرخص في الاتفاق.
- ٢- التزام المرخص بالتوقف عن استخدام التكنولوجيا المرخص بها بعد انتهاء مدة الاتفاق طالما أن المعرفة الفنية المرخص بها مازالت تحتفظ بالسرية أو أن البراءة مازالت قائمة.
- ٣- التزام المرخص له بتقديم ما يتوصل إليه من تحسينات إلى المرخص على أساس شرط غير قصوي Non - exclusive grant back . كما يجوز قيام المرخص بمنح المرخص له التحسينات التي يتوصل إليها وعلى أساس قصوي أو استثنائي.
- ٤- التزام المرخص له بتحديد استغلال التكنولوجيا المرخص بها في مجالات إنتاجية معينة أو حقل استغلال محدد.
- ٥- حق المرخص في الاعتراض على المرخص له لقيام هذا الأخير باستغلال التكنولوجيا خارج إقليمه.

(١٣٤) راجع:

Pierre V. F. Bos & Marco M. Slotboom, The EC Technology Transfer Regulation - A Practitioner's Perspective, The International Lawyer, Volume 32 No. 1 (Spring 1998) PP 1-25

٦- حق المرخص له في إنهاء اتفاق نقل التكنولوجيا إذا قام المرخص له بالمعارضة في صحة البراءة أو الادعاء بعدم انطواء المعرفة الفنية على خصيصة السرية.

٧- التزام المرخص له باستخدام أقصى جهوده وإمكاناته لاستغلال البراءة أو المعرفة الفنية بحسب الأحوال .

٨- حق المرخص له في إنهاء الاتفاق إذا قام المرخص له بمنافسة المرخص أو قيامه بإنتاج بضائع أو سلع في مجالات غير تلك المرخص له بها.

٩- التزام المرخص له بالاستمرار في دفع مقابل التكنولوجيا حتى بعد زوال سرية المعرفة السرية أو الحكم ببطلان البراءة. (١٣٥)

كما تضمنت اللائحة التي وضعتها اللجنة الأوروبية قائمة بالشروط السوداء **Black Conditions** ، وهي شروط تبطل في حد ذاتها **Per se** ودون تطلب أي تبرير للإبطال كأن تكون غير معقولة **Unreasonable** أو غير مبررة **Unjustifiable** . ويلاحظ أن قائمة الشروط السوداء تعتبر قصيرة جداً بمقارنتها بقائمة الشروط البيضاء . وأهم الشروط السوداء الواردة باللائحة :

١- تحديد أسعار السلع والمنتجات التي تستخدم التكنولوجيا في إنتاجها.

٢- منع المرخص له من القيام بالتصدير الموازي في إحدى الدول الأعضاء.

٣- تحديد حجم الإنتاج.

٤- التزام المرخص له بنقل التحسينات إلى المرخص. (١٣٦)

كما تضمنت اللائحة نوعاً من الشروط يطلق عليه اصطلاحاً: الشروط الرمادية **Gray Conditions** وهي شروط تدور بين الصحة والبطلان حسب ظروف كل عقد ، ومن شأنها تقييد المستورد في بعض الظروف . ومن أمثلة الشروط الرمادية شرط الشراء الإجباري **Tie in** والذي بمقتضاه يلزم المورد المستورد بالحصول على سلع أو خدمات من المورد أو من يحدده باعتبارها ضرورية للاستغلال الأمثل للتكنولوجيا. (١٣٧)

وتميل أغلبية تشريعات الدول النامية إلى إبطال الشروط التقييدية التي تدرجها الشركات الدولية في عقود نقل التكنولوجيا بالنظر إلى أن هذه الشروط تلحق أضراراً جسيمة بمستوردي التكنولوجيا ، فتزيد كلفتها وتمنع الاكتساب الحقيقي أو الفعلي لها ، بما لذلك كله من انعكاسات سلبية على اقتصاديات هذه الدول (١٣٨) .

وتختلف قوانين الدول النامية في أثر البطلان المترتب على إدراج الشروط التقييدية في عقود نقل التكنولوجيا. فتذهب طائفة من هذه القوانين إلى بطلان هذه الشروط مطلقاً ، بل وفي بعض الأحوال إلى إبطال العقد برمته وعدم اقتصار البطلان على الشرط وحده . كما تذهب

(١٣٦) المقالة السابقة ، ص ١٣ .

(١٣٧) المقالة السابقة ، ص ١٤ .

(١٣٨) الدكتور عمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا - دراسة تصنيف المرحع المشار إليه سابقاً ص ٢٩٣ - ٢٨١ .

بعض القوانين إلى إحداث نوع من التباين في أثر هذه الشروط ، إذ أوجبت بطلان جانب من هذه الشروط بطلاناً مطلقاً ، وأجازت إبطال شروط أخرى . ثم أن هناك طائفة ثالثة من القوانين لم تذهب إلى حد إبطال تلك الشروط ، ولكنها لم تجز تسجيل عقود نقل التكنولوجيا إذا تضمنت شروطاً تقييدية .

ثالثاً - الشروط التقييدية في المادة ٧٥ من قانون التجارة:

وفي مصر ، كان هناك تفاوت كبير بين مشروع أكاديمية البحث العلمي ومشروع قانون التجارة فيما يتعلق بإدراج الشروط التقييدية في اتفاقات نقل التكنولوجيا مع المشروعات المصرية المستوردة ، إلى أن صدر قانون التجارة الجديد مخيباً للآمال المعقودة عليه لحماية تلك المشروعات وإقامة بنية فعالة لاكتساب مصر للتمكن التكنولوجي . وللوقوف على أحكام قانون التجارة بشأن الشروط التقييدية ، فإنه ينبغي مقارنتها بأحكام كل من مشروع أكاديمية البحث العلمي ومشروع قانون التجارة حتى يمكن إدراك التنازلات الكبيرة التي قدمها المشرع المصري لصالح المشروعات الدولية.

وتنص المادة ٧٥ من قانون التجارة المصري على أنه " يجوز إبطال كل شرط يرد في عقد نقل التكنولوجيا ويكون من شأنه تقييد حرية المستورد في استخدامها أو تطويرها أو تعريف الإنتاج أو الإعلان عنه . وينطبق ذلك بوجه خاص على الشروط التي يكون موضوعها إلزام المستورد بأمر مما يأتي :

(أ) قبول التحسينات التي يدخلها المورد على التكنولوجيا وأداء قيمتها .

(ب) حظر إدخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا لتلائم الظروف المحلية أو ظروف منشأة المستورد ، وكذلك حظر الحصول على تكنولوجيا أخرى أو ماثلة أو منافسه للتكنولوجيا محل العقد.

(ج) استعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التي استخدمت التكنولوجيا في إنتاجها.

(د) تقييد حجم الإنتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه أو تصديره .

(هـ) اشتراك المورد في إدارة منشأة المستورد أو تدخله في اختيار العاملين الدائمين بها .

(و) شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار لتشغيل التكنولوجيا من المورد وحده أو من المنشآت التي يعينها دون غيرها .

(ز) قصر بيع الإنتاج أو التوكيل في بيعه على المورد أو الأشخاص الذين يعينهم .

وذلك كله ما لم يكن أي من هذه الشروط قد وردت في عقد نقل التكنولوجيا بقصد حماية مستهلكي المنتج ، أو رعاية مصلحة جديدة ومشروعة لمورد التكنولوجيا .

وفيما يلي نُبدي بعض الملاحظات الأساسية حول نص المادة ٧٥ من قانون التجارة ، ثم نقوم بتحديد مضمون الشروط التقييدية الواردة فيه.

١- ملاحظات حول نص المادة ٧٥ من قانون التجارة :

الملاحظة الأولى : البطلان جوازي .

يبدأ نص المادة ٧٥ من قانون التجارة بعبارة " يجوز إبطال كل شرط " . وعليه ، فلقد اتخذ المشرع المصري موقفاً مغايراً لموقف الدول النامية بالنسبة للشروط التقييدية ، إذ بينما ذهبَت هذه الدول إلى إبطال جميع الشروط التقييدية مطلقاً عند إدراجها في عقود نقل التكنولوجيا ودون أن يتوقف أمر تقرير البطلان على طلب أي طرف، فإن المشرع المصري خالف ما أجمعت واستقرت عليه الأغلبية الساحقة من تشريعات الدول النامية في هذا الخصوص^(١٣٩).

(١٣٩) ولم يقتصر تقرير بطلان الشروط التقييدية على قوانين الدول النامية ، بل إن قوانين بعض الدول الصناعية الكبرى اتخذت موقفاً متشدداً من هذه الشروط ، مثال ذلك: إنجلترا ، فرنسا ، الولايات المتحدة الأمريكية . راجع: الدكتور محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية المرحع السابق ، ص ص ٣٦٥ - ٣٦٦ .

والغريب في الأمر أن المشرع المصري قد خالف ، بصياغته نص المادة ٧٥ تجاري على النحو السابق ، صياغة النص المقابل في مشروع أكاديمية البحث العلمي في خصوص بطلان الشروط التقييدية . فلقد كان نص المادة السادسة من مشروع الأكاديمية يوجب بطلان عقد نقل التكنولوجيا بطلاناً مطلقاً إن هو تضمن واحداً أو أكثر من الشروط التقييدية التي وردت في هذه المادة ، وذلك بالنظر إلى خطورة هذه الشروط ، وبحيث لا يقتصر إعمال أثر البطلان على الشرط وحده بل ينسحب البطلان ليشمل العقد برمته ، فلا يرتب العقد آثاره ، لما للبطلان من أثر رجعي يعيد الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها وقت التعاقد^(١٤٠). كما أن نص المادة السابعة من مشروع الأكاديمية كان لا يجيز

(١٤٠) ولقد كانت المادة السادسة من مشروع تنظيم نقل التكنولوجيا الذي وضعته أكاديمية البحث

العلمي تنص على أن:

" يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً وينظر تحيله في الحالات الآتية:

- (أ) إذا كان الهدف من العقد نقل تكنولوجيا متاحة علمياً.
- (ب) إذا كان العقد يجرى الملقى على التنازل - دون مقابل - إلى المورد عن سرامات الاختراع أو العلامات التجارية أو الابتكارات أو النحبات التي قد يقوم بها المتلقي أو يحصل عليها خلال فترة التعاقد أو إذا كان العقد يتضمن شروطاً من شأنها الإحلال بالكاف في العلاقة التعاقدية بين طرفيه.
- (ج) إذا كان العقد يحد من نشاط المتلقي في مجال البحث والتطوير.
- (د) إذا كان العقد يحد أو يقيد حق المتلقي في مجال التصدير عما يتعارض مع مصالح الدولة.
- (هـ) إذا كان العقد يحد من استخدام تكنولوجيا مكتملة من مصادر أخرى .
- (و) إذا كان العقد يعرض على المتلقي قيوداً تتعلق بحجم الإنتاج أو سعر البيع سواء للسوق المحلي أو الأجنبي.
- (ز) إذا كانت مدة العقد تزيد على عشر سنوات ."

تسجيل العقد إذا تضمن أحد الشروط الواردة في هذه المادة ، بما يسترتب على ذلك من اعتبار العقد نفسه غير نافذ (١٤١).

والأغرب من ذلك ، أن المشرع المصري قد تراجع في الصياغة النهائية للمادة ٧٥ من القانون عن الصيغة التي كان مشروع قانون التجارة نفسه قد تبناها . فلقد كان مشروع قانون التجارة يتخذ موقفاً وسطاً ، فلم يحذو حذو التشريعات المعاصرة في إبطالها للشروط التقييدية بطلاناً مطلقاً ، حيث قسم هذه الشروط الباطلة إلى طائفتين: الطائفة الأولى من الشروط تبطل مطلقاً وهي تضم كل شرط من شأنه وضع قيود على حرية الطرف المستورد في تحديد حجم إنتاجه أو في تحديد ثمن المنتج أو كيفية توزيعه أو الشرط الذي يحد من حرية

(١٤١) وكانت المادة السابعة من مشروع الأكاديمية نص على ما يلي:

" لا يجوز تسجيل العقود في الحالات الآتية :

- (أ) إذا كان العقد يرتب التزامات مالية لا تنساب والتكنولوجيا المقدمة ، أو أن يكون من شأنه إلقاء عبء غير مناسب على الاقتصاد القومي.
- (ب) إذا كان العقد يسمح للمورد أن يتدخل في أعمال الإدارة الخاصة بالمتلقي أو ينظمها ما لم يقتصر العقد على تقديم المساعدة في هذا المجال.
- (ج) إذا كان العقد يلزم المتلقي شراء المعدات والآلات أو قطع الغيار أو المواد الخام أو الوسيلة من مورد التكنولوجيا أو من يعينه ، والتي يمكن الحصول عليها من مصادر أخرى بشروط أفضل.
- (د) إذا كان العقد يلزم المتلقي - دون مرور - بيع السلع التي ينتجها إلى مورد التكنولوجيا أو من يعينه . كذلك إذا كان العقد يلزم المتلقي تنويع الموردين أو تمثيله في البيع.
- (هـ) إذا كان العقد يلزم المتلقي باستخدام عاملين دائمين يختارهم المورد.

ومع ذلك يجوز موافقة على تسجيل العقود في الحالات سائفة الذكر إذا اقتضت ذلك اعتبارات الصالح العام وفقاً لضعية العقد ومتنصبات الاقتصاد القومي ."

المستورد أو يمنعه من القيام بتصدير السلع أو المنتجات التي تستخدم التكنولوجيا في تصنيعها ، وكذلك أي شرط يلزم المستورد بشراء معدات الإنتاج أو مكوناته أو المواد الأولية أو قطع الغيار من المورد أو من مصدر يعينه المورد للمستورد^(١٤٢) . أما الطائفة الثانية من الشروط الواردة في نص المادة ٧٥ ، فكان المشروع يبطلها جوازاً^(١٤٣) . وهكذا، ظهر نص المادة ٧٥ من قانون التجارة خالياً من الإشارة إلى البطلان الوجوبي لأي شرط من الشروط التقييدية ، واكتفى المشرع بإخضاع كافة الشروط التقييدية للبطلان الجوازي . ولاشك أن هذا الموقف يمثل تخاذلاً واضحاً عن حماية المشروعات المصرية المستوردة للتكنولوجيا ، وهو موقف غير مبرر وخاصةً أن بعض الشروط التقييدية تكون بطبيعتها واجبة الإبطال كشرط تقييد حجم الإنتاج مثلاً .

الملاحظة الثانية : تقييد حالات البطلان .

لم يقتصر تهاون المشرع المصري على تقرير البطلان الجوازي للشروط التقييدية دون البطلان الوجوبي ، بل كان التهاون أبعد من ذلك، إذ تقلصت حالات البطلان المذكورة في المادة ٧٥ تجاري بمقارنتها بحالات البطلان الواردة في مشروع التقنين الدولي للسلوك ، إذ كان هذا المشروع الأخير يتضمن عشرين شرطاً باطلاً منها أربعة عشو شرطاً تبطل مطلقاً وستة شروط تبطل جوازاً . بل إن حالات البطلان الواردة في المادة ٧٥ تجاري قد تقلصت وتراجعت إلى حدٍ بعيد بمقارنتها بنص كل من المادتين السادسة والسابعة من مشروع الأكاديمية. فعلى

(١٤٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة - ص ٣٥ .

(١٤٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة - ص ٣٥ - ٣٦ .

سبيل المثال كان نص المادة ٦ (أ) من مشروع الأكاديمية يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا كان الهدف منه نقل تكنولوجيا متاحة محلياً . ومن ثم إذا كانت التكنولوجيا موجودة في السوق المحلي بأي شكل من الأشكال ، كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لما يؤدي إليه ذلك من عبء غير مبرر على الاقتصاد القومي^(١٤٤) . وتكون التكنولوجيا متاحة محلياً إذا كانت مستخدمة من جانب مشروع مصري آخر بموجب عقد ترخيص ببراءة اختراع أو عقد نقل معرفة فنية أو عقد مساعدة فنية ، أو إذا كانت التكنولوجيا متاحة محلياً لعدم تغطيتها بحق من حقوق الملكية الصناعية مثل بعض المنتجات الدوائية - قبل اتفاقية تريبس - أو إذا كانت حقوق الملكية الصناعية قد انقضت بأحد الأسباب الخاصة بها كإنهاء مدة البراءة أو إفشاء سرية المعرفة الفنية .

ولم يتضمن نص المادة ٧٥ تجاري مقابل لنص المادة ٦ (ز) من مشروع الأكاديمية . وعليه ، يكون عقد نقل التكنولوجيا صحيحاً ونافذاً طبقاً لقانون التجارة حتى ولو كان موضوعه منصباً على تكنولوجيا قائمة ومتداولة في السوق المحلي ، وبما قد يعنى زيادة عبء نقل التكنولوجيا على الاقتصاد المصري . ويؤيد هذا النظر أن المادة ٨١ من قانون التجارة تنص على أنه " لا يجوز للمستورد النزول للغير عن التكنولوجيا التي حصل عليها إلا بموافقة موردها " . وبما قد يعنى أنه يجوز للمورد أن يقوم بالترخيص لعدة مستوردين مصريين بذات التكنولوجيا حتى ولو كان قد سبق له الترخيص بها ذاتها إلى مستورد آخر مصري في وقت

(١٤٤) في التعليق على نص الفقرة (أ) من المادة السادسة من مشروع الأكاديمية ، راجع الدكتور

حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المرحع أشار إليه سلفاً ،

ص ٤٥ وما بعدها .

سابق حتى ولو قام هذا المستورد باستغلال هذه التكنولوجيا في السوق المحلي ، إذ لا يجوز لهذا المستورد الأخير الترخيص بها لمشروعات مصرية شقيقة إلا بعد الحصول على إذن المورد ، فان لم يتم الحصول على هذا الإذن ، فلا مناص للمشروعات الأخرى إلا الحصول على التكنولوجيا من موردها الأصلي.

كذلك نصت المادة ٦ (ب) من مشروع الأكاديمية على بطلان العقد بطلاناً مطلقاً " إذا كان العقد يجبر المتلقي على التنازل - دون مقابل - إلى المورد عن براءات الاختراع أو العلامات التجارية أو التحسينات التي يقوم بها المتلقي أو التي يحصل عليها خلال فترة التعاقد ... " .

وهذا الشرط هو ما يصطلح على تسميته باللغة الإنجليزية بـ **Grant backs** أي قيام المستورد بنقل أي خبرة يكتسبها من استغلال التكنولوجيا محل العقد إلى المورد ومنحه ما قد يدخله عليها من تحسينات أو تطبيقات جديدة . ويرى بعض فقهاء الغرب أن عدم إدراج هذا الشرط في عقود نقل التكنولوجيا من شأنه الانتقاص من حقوق المرخص أو المورد ، حيث أنه يأخذ في اعتباره عند التعاقد مع المستورد أن جميع التحسينات التي سيدخلها الأخير على التكنولوجيا ستؤول إليه وكأنها جزء من الثمن أو المقابل الذي يؤديه المستورد إليه ^(١٤٥) . فلا يتصور أن يرتضى المورد التنازل للمستورد

(١٤٥)

Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes for the Transfer of Technology ...

المقالة المشار إليه سابقاً، ص ٢٣٤ .

عن استعمال التكنولوجيا لو سُمح لهذا الأخير إجراء تعديلات أو إدخال تحسينات معينة على التكنولوجيا والتي يكون من شأنها تفوق المستورد على المورد وبالتالي إخراجها من حلبة التنافس التكنولوجي . ولذا يحرص المورد على النص على حصوله على هذه التحسينات حتى يظل في حلبة اللعبة ويستمر في السوق . ولو وافق المورد على تحريم شرط رد التحسينات Grant backs فهذا لا يكون إلا لأن المورد قد قام بحساباته ووجد أنه من الصعب جداً على المستورد إدخال تحسينات جوهرية على التكنولوجيا المرخص بها بالنظر إلى وصولها إلى درجة عالية من التعقيد والدقة مثلاً . كما أن المورد - في حالة التزامه بنفع مقابل هذه التحسينات - فإنه ، ولاشك سيقوم بحساب ذلك وإضافته إلى مقابل التكنولوجيا الذي يتعين على المستورد أدائه وبحيث لا يدفع المورد ثمناً حقيقياً لتلك التحسينات لحصوله عليه مسبقاً من المستورد في إطار المقابل الإجمالي الذي التزم به هذا الأخير^(١٤٦).

وعلى أي الأحوال ، كان نص المادة ٦ (ب) من مشروع الأكاديمية واضحاً في إبطال شرط رد التحسينات أو التنازل عن حقوق الملكية الصناعية الأخرى التي يتوصل إليها المستورد بنفسه أو يحصل عليها من مصدر آخر طالما لم يكن ذلك بمقابل^(١٤٧). ذلك أن نقل التحسينات التي يتوصل إليها المستورد إلى المورد ودون مقابل فيه إثراء لهذا الأخير بلا سبب وإضرار لحقوق المستورد في عدم الحصول على ما بذله من جهد أو مال في سبيل التوصل إلى التحسينات وبما يقود إليه ذلك

(١٤٦) السابق ، ص ٢٣٤ - ٢٣٥ .

(١٤٧) الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري تنظيم غيا التكنولوجيا ، ص ٥٠ -

من إحكام قبضة المورد على مقدرات المستورد ، وبما يخل بالتكافؤ في الأداءات التعاقدية للطرفين .

ولم يحظر قانون التجارة الجديدة الشرط الذي يضعه المورد في عقود نقل التكنولوجيا ويكون من شأنه ارتداد التحسينات التي يتوصل إليها المستورد بدليل أن المادة ٢/٨٣ تجاري تنص على " وكذلك يلتزم المورد بالمحافظة على سرية التحسينات التي يدخلها المستورد وينقلها إليه بموجب شرط في العقد " . وعليه ، يستفاد من هذا النص أن شرط رد التحسينات أصبح جائزاً بموجب شرط في العقد .

الملاحظة الثالثة: الحد من أعمال البطلان .

أورد المشرع المصري في الصيغة النهائية لنص المادة ٧٥ من قانون التجارة فقرة في غاية الخطورة بمقتضاها يمكن إهدار أعمال البطلان كجزاء على تضمين العقد أحد الشروط التقييدية . إذ تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٧٥ تجارى على أنه " وذلك كله ما لم يكن أي من هذه الشروط قد وردت في عقد نقل التكنولوجيا بقصد حماية مستهلكي المنتج أو رعاية مصلحة جديّة ومشروعة لمورد التكنولوجيا " . وعليه ، فقد لا يحكم ببطلان الشرط التقييدي الذي يرد في عقد نقل التكنولوجيا إذا تبين أن هذا الشرط ورد حماية لمستهلكي المنتج أو رعاية لمصلحة مشروعة للمورد ، وبحيث يصبح هذا الشرط نافذاً والعقد صحيحاً ، ومثال ذلك أن من الشروط التي أجازت المادة ٧٥/ج إبطالها شرط إلزام المستورد باستعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التي استخدمت التكنولوجيا في إنتاجها ، إذ قد يفلت هذا الشرط من البطلان

ببساطة شديدة لوجود مصلحة مشروعة للمورد في المحافظة على جودة المنتجات التي يقوم المستورد بإنتاجها مستخدماً التكنولوجيا وحتى يحافظ المورد على سمعته بإبقاء نفس الجودة للتكنولوجيا التي يتم إنتاجها وتصنيعها تحت علامة تجارية معينة وهو ما يُعرف في العمل بشرط "رقابة الجودة". ومثال ذلك أيضاً شرط قبول المستورد للتحسينات التي يدخلها المورد على التكنولوجيا ، إذ يستطيع المورد في سهولة شديدة إثبات أن التحسينات التي أدخلها على التكنولوجيا تؤدي إلى كفاءتها لإعطائه ميزة تنافسية في السوق العالمي، كما تؤدي إلى رفع معدلات الإنتاج والإسهام في جودة المنتجات مع خفض أثمانها . وينطبق ذلك أيضاً على شرط شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار من المورد وحده أو من المنشآت التي يعينها للمستورد دون غيرها ، إذ قد يبرز المورد للمحكمة أن له مصلحة جديّة ومشروعة في إدراج هذا الشرط ، مثلاً لأن قطع الغيار التي ينتجها أو تلك التي يتعين الحصول عليها من مصادر بعينها هي قطع أصلية لا يستقيم تشغيل المعدات أو الآلات بدونها أو ببدل لها وأن ذلك يطيل عمر الأصول التكنولوجية موضوع عقد نقل التكنولوجيا طوال مدة سريان العقد ، أو مثلاً أنه يتعين استخدام مواد أولية معينة في الإنتاج وأن استخدام مواد بديلة أو مشابهة يؤدي إلى الإسراع في استهلاك المعدات أو الآلات ، أو لأن المواد الخام التي ينتجها المورد هي أفضل المواد على الإطلاق وأرخصها ثمناً مع الحفاظ على الكفاءة العالية للإنتاج . وكذلك شرط اشتراك المورد في إدارة منشأة المستورد أو تدخله في اختيار العاملين الدائمين لدى المستورد ، إذ قد تظهر للمورد مصلحة جديّة ومشروعة في هذا الشرط إذا أثبت أن التكنولوجيا المستخدمة يتعين إدارتها بمعرفة

خبراته نظرا لكفاءتهم الفائقة وتميز التكنولوجيا محل العقد بالتعقيد الشديد الذي يصعب معه تدريب عاملي المستورد عليها ، أو لأن هناك بعض الأسرار التجارية المستخدمة - التي لم تكن موضوعاً لعقد نقل التكنولوجيا - ولا يمكن بدونها استغلال التكنولوجيا محل العقد ، وأن هذه الأسرار التجارية لا يمكن بحال من الأحوال الترخيص بها للمستورد ، وأن الوسيلة المثلى للإنتاج لا تكون إلا باستعمال هذه الأسرار التجارية التي يقتصر العلم بها على خبراء وعمال المورد ، وهكذا . (١٤٨)

ويتضح من ذلك أن المشرع المصري قد حد بدرجة كبيرة من إمكانية الحكم بطلان الشروط التقييدية بإتاحة الفرصة للمورد بإدراجها في العقد لوجود مصلحة جدية ومشروعة له في ذلك ، أو إذا كانت هذه الشروط واردة بقصد حماية مستهلكي المنتج . ولعل المشرع المصري في هذا الخصوص قد غلب مصلحة المورد على مصلحة المستورد .

(١٤٨) راجع : دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، ص ص ٨٤ - ٨٥ (فقرات ٣٣٦ -

٣٤١) .

٢- مضمون الشروط التقييدية في المادة ٧٥ من قانون التجارة

أورد المشرع المصري في المادة ٧٥ من قانون التجارة عدداً من الشروط التقييدية التي اعتاد موردو التكنولوجيا على إدراجها في عقود نقل التكنولوجيا . ويوجد قاسم مشترك بين هذه الشروط يتلخص في جواز بطلانها إلا إذا كان الهدف منها حماية مستهلكي المنتج أو رعاية مصلحة جدية ومشروعة لمورد التكنولوجيا . ونقوم فيما يلي بمناقشة هذه الشروط .

(أولاً) - **تقييد حرية المستورد في استخدام التكنولوجيا أو تطويرها أو تعريف الإنتاج أو الإعلان عنه .**

ويضم هذا الشرط ثلاثة أشكال من القيود .

القيد الأول وهو يتعلق باستخدام التكنولوجيا موضوع العقد^(١٤٩) . ووفقاً لنص المادة ٧٥ تجارى ، لا يجوز للمورد أن يشترط على المستورد استخدام التكنولوجيا في مجالات استعمال معينه أو أغراض محددة دون غيرها ، إذ قد يكون لذات التكنولوجيا استعمالات صناعية عديدة ، ومن ثم لا يجوز تقييد الاستعمالات المتعددة لذات التكنولوجيا . ومع ذلك ، فإن المورد عادة ما يشترط مقابلاً باهظاً للتكنولوجيا أن قام المستورد باستخدامها خارج نطاق الغرض من العقد . بل أن المورد وطبقاً للفترة الأخيرة من المادة ٧٥ تجارى يمكنه إرغام المستورد على عدم استخدام

(١٤٩) راجع بصفة خاصة : دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، فقرات ١٤٧ ، ١٤٨ ،

١٤٩ ، ١٥٠ - ص ٥٢ .

التكنولوجيا في غير المجالات المذكورة في العقد أن هو أظهر وجود مصلحة جدية ومشروعه له في ذلك ، كأن يظهر المورد أن السماح للمستورد باستخدام التكنولوجيا في استعمالات غير المنصوص عليها في العقد سيؤدي إلى الأضرار به لدخول منافس جديد في السوق في مجالات إنتاجه معينة كانت قاصرة عليه .

ونعتقد أن بطلان شرط تقييد حرية المستورد في الاستخدام يتعين أن ينصرف كذلك إلى الحالة التي يضع فيها المورد قيودا على المستورد بعدم استعمال أو استغلال التكنولوجيا بعد انتهاء مدة العقد أو ، الحكم بفسخه أو لأي سبب آخر لا يعود إلى المستورد ، وكذلك حق المستورد في استخدام التكنولوجيا بعد أن تفقد سريتها .

أما القيد الثاني فيتعلق بالشرط الذي يمنع المستورد من تطوير التكنولوجيا . وعليه ، لا يجوز أن يتضمن عقد نقل التكنولوجيا شرطا يحد من نشاط المستورد في مجال البحث والتطوير ، إذ أن هذا الشرط يستهدف في المقام الأول الحد من قدرة المستورد على اكتساب التكنولوجيا ، إذ بغير نشاط البحث والتطوير **Research and development** ، سيبقى المستورد أسيراً للمورد ، وبما يؤدي إليه ذلك من الحد على قدرته على المنافسة فيظل قابعا في مجال ثابت وجامدا^(١٥٠) . ويعتبر من قبيل الحد من نشاط المستورد في مجال البحث

(١٥٠) راجع:

Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct for the Transfer of Technology =

والتطوير منع المستورد من إدخال تحسينات أو تعديلات في التكنولوجيا محل العقد سواء تعلق الأمر بتصميم المنتج النهائي ومواصفاته أو بالطريقة الصناعية المستخدمة في الإنتاج .

ويتعلق القيد الثالث بالشرط الذي يضعه المورد في العقد بقصد فرض طرق أو وسائل محددة لتوزيع السلع أو الخدمات التي تستخدم فيها التكنولوجيا محل العقد ، أو الإعلان Advertising أو الدعاية Publicity عن هذه السلع والخدمات^(١٥١). فالأصل أن تكون للمستورد حرية وضع الإعلان والدعاية عن المنتجات والخدمات مثل إعداد الكتيبات ، الصور التوضيحية ، المطبوعات وغيرها من الأدوات اللازمة للترويج عن المنتجات في السوق المحلية ، وكذلك تحديد منافذ البيع والتوزيع .

ويجوز إبطال أي شرط يقيد حرية المستورد في هذا الشأن . ومع هذا يجوز للمورد وطبقاً للفقرة الأخيرة من المادة ٧٥ تجارى أن يضع قيوداً على حرية المستورد في التوزيع أو الدعاية أو الإعلان إذا كان للأول مصلحة جدية ومشروعة في ذلك . ومن أمثلة هذه المصلحة: أن

- المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٣٥ ؛ الدكتور محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في حال نقل التكنولوجيا ، المرحع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٧٣ ، دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٢٣٧ ص ٦٨ .

(١٥١) دليل التراخيص المعد لصالح البلدان النامية ، المرحع المشار إليه سابقاً ، فقرات ٣٦٧ - ٣٧٢ ص ص ٨٩ - ٩٠ ؛ الدكتور محسن شبيب نقل التكنولوجيا من الماحية القانونية ، المرحع المشار إليه سابقاً ، ص ٣١ ؛ وفي الفقه الأختي :

Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct for the Transfer of Technology . . .

مقدمة مشر به سابقاً، ص ٢٣٨

يكون هدف المورد حماية مستهلكي السلعة وذلك بإجبار المستورد على كتابة مكونات السلعة أو المنتج بعبارات ظاهرة على غلافه وذكر تاريخ الصلاحية ، وكذلك ذكر عدم مسئولية المورد عن الإنتاج بان يذكر على غلاف السلعة أنه يتم إنتاجها تحت ترخيص وان السلعة يتم إنتاجها تحت إشراف المستورد وعلى مسئوليته وحده ، وكذلك مصلحة المورد أن يلزم المستورد بعدم الإفصاح في الإعلان أو الدعاية عن سر تركيبة المنتج إذا كان إنتاجه يتضمن معارف فنية تدخل في صناعته (١٥٢).

(ثانياً) - قبول التحسينات التي يدخلها المورد على التكنولوجيا وأداء قيمتها .

فيجوز إبطال الشرط الذي يلزم المستورد بقبول ما قد يضيفه المورد مستقبلاً إلى التكنولوجيا من زيادات **Additional technology** وكذلك ما يتوصل إليه من مخترعات أو ما يدخله من تحسينات ، إذا كان المستورد لا يريد الحصول عليها (١٥٣). وهذا الشرط ينضوي تحت بند الحزمة التكنولوجية **Technological package** والذي يبطل لما يلقيه من عبء غير مناسب على المستورد وعلى الاقتصاد القومي ككل (١٥٤). ويستلزم نص المادة ٧٥ تجاري لجواز الإبطال أن يقتضي المورد من

(١٥٢) في معنى قريب : الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرحع المشار إليه سابقاً ، ص ٣١ .

(١٥٣) الدكتور يوسف عبدالحادي الاكياي ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ، المرحع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٣٤ .

(١٥٤) قارب : الدكتور حسان عيسى ، مشروع القانون اعصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المرحع المشار إليه سابقاً ص ٦٤

المستورد دفع مقابل هذه التحسينات أو الإضافات ، أما إذا كان إلزام المستورد بها دون تطلب دفع مقابل عنها ، فلا يبطل الشرط (١٥٥).

(ثالثاً) - حظر إدخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا لتلائم الظروف المحلية أو ظروف منشأة المستورد ، وكذلك حظر الحصول على تكنولوجيا أخرى مماثلة أو منافسة للتكنولوجيا محل العقد.

فيجوز إبطال هذا الشرط لما يؤدي إليه من حرمان المستورد من إدخال تحسينات أو تجديدات في التكنولوجيا أو إدخال تعديلات عليها كي تتلاءم مع ظروفه المحلية أو ظروف الإنتاج في منشأته . كما يجوز إبطال أي شرط يمنع المستورد من استخدام تكنولوجيا مكاملة من مصادر أخرى لكونه يقطع الطريق عليه في تطوير التكنولوجيا المنقولة بموجب العقد وفقاً للظروف المحلية وبالذات وفقاً لمكونات الإنتاج التي تتوفر محلياً مثل المواد الخام ، وبحيث يبقى المستورد معتمداً في الحصول على هذه المكونات على ما يستورده من الطرف المورد وبما يفضي إليه ذلك من زيادة النفقة غير المباشرة لانتقال التكنولوجيا (١٥٦).

(١٥٥) ويذهب البعض إلى أن " الأصل العام في الالتزام بنقل التحسينات أنه يتم بالمهاد ، وذلك بالنسبة للتحسينات التي تنقل إلى المتلقي ، فليس للمورد تقاضي أي مقابل إضافي عن هذه التحسينات ، وحتى ولو لم تكن هناك أتاوة سارية ، بأن كان ثمن التحسينات يدخل أصلاً في ثمن حق المعرفة الذي تم دفعه من قبل " . راجع : الدكتور يوسف عبدالمهدي خجيل الإكياي ، النظام القانوني لمفهوم نقل التكنولوجيا ، المرحع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٣٥ .

(١٥٦) ويلاحظ أن هذا الشرط التقييدي يعتبر ناهضاً بطلاناً مطلقاً في الكثير من التشريعات المعاصرة ، وكذلك في مشروع أكاديمية البحث العلمي . راجع في بطلان هذا الشرط -

على أن هذا الشرط قد لا يبطل إذا كان للمورد مصلحة جديدة ومشروعة في إدراجه في العقد وطبقاً للفقرة الأخيرة من المادة ٧٥ تجاري . فلا شك أنه توجد للمورد مصلحة في أن يتطلب أن يكون المستورد مسئولاً عما يدخله من تعديلات أو تحسينات على التكنولوجيا، وألا يستعمل في توزيع الإنتاج اسم المورد أو علاماته التجارية ، وألا ينشأ عن إحداث التحسينات أو التعديلات أو قبول تكنولوجيا مكملة أي تغيير غير ملائم في السلع أو المنتجات محل عقد نقل التكنولوجيا^(١٥٧). فإن لم يستجب المستورد لهذه المتطلبات ، كان للمورد إدراج هذا الحظر في عقد نقل التكنولوجيا .

(رابعاً) - استعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التي استخدمت التكنولوجيا في إنتاجها .

فيجوز إبطال الشرط بإلزام المستورد باستعمال علامات تجارية

- وفقاً لمشروع الأكاديمية : الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، للرجع المشار إليه سابقاً ص ٥٧ - ٥٨ . كذلك يذهب جانب من الفقه الغربي إلى إبطال شرط حظر الحصول على تكنولوجيا أخرى مماثلة أو منافسة للتكنولوجيا محل العقد ، وذلك بصدد التشريعات الأمريكية المضادة للاحتكارات Anti - trust laws وذلك مثلاً في الحالة التي يكون فيها هاك مرخص له وحيد يتلقى تكنولوجيا من أكثر من مصدر ويقوم بالجمع بينها بطريقة يمكن أن ينشأ عنها تقييد لحرية التجارة ، راجع في ذلك وفي غيره من الأمثل :

Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct for the Transfer of Technology

المقالة المشار إليه سابقاً ، ص ٢٣٧ - ٢٣٨ .

(١٥٧) فارب : الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع

المشار إليه سابقاً ، ص ٢٩ - ٣٠ .

معينة أو تسميات تجارية معينة لتمييز السلع التي استعملت التكنولوجيا في إنتاجها . ومع ذلك ، إذا كان المورد قد احتفظ لنفسه بحق الإشراف على صنف السلعة أو مستوى جودتها - برغبة من المستورد - جاز له اشتراط أن يحمل الإنتاج علامته التجارية أو اسمه التجاري .

(خامساً) - تقييد حجم الإنتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه أو تصديره

فيجوز إبطال الشرط الذي يفرض على المستورد قيوداً تتعلق بحجم الإنتاج أو مستوى أسعار بيع المنتجات سواء في السوق الداخلي أو في السوق العالمية أو في كيفية توزيع تلك المنتجات (١٥٨). ويدافع فقهاء الغرب عن هذا الشرط بحجة أن المورد يهيم بدرجة كبيرة عدم قيام المستورد بمنافسته (١٥٩). على أن خطورة شرط وضع حد أقصى للإنتاج أو أسعاره أو مجالات توزيع يمكن أن يؤدي إلى تقليص قدرة المستورد على التصدير وذلك إذا كان حجم الإنتاج الذي عينه المورد لا يكفي إلا لسد الحاجات المحلية ، أو أن يكون سعره مرتفعاً بحيث لا يقوى على منافسته منتجات المورد في الأسواق الأجنبية . كما أن المورد قد يحرص على إدراج هذا الشرط رغبة منه في زيادة ما قد يحصل عليه من مقابل للتكنولوجيا إذا كان هذا

(١٥٨) في ماقننة هذه المسألة ، راجع : دليل التراجيح المعد لصالح البلدان النامية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، فقرة ٣٤٣ ص ٨٥ ؛

(١٥٩) راجع :

Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct for the Transfer of Technology

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٣٢ .

المقابل يتحدد بنسبة معينة من الإنتاج أو على أساس سعر المنتج ، فيشترط المورد قيام المستورد بإنتاج حد أدنى من المنتجات إذا كان المقابل يتحدد على أساس حجم الإنتاج أو فرض سعر مرتفع لبيع المنتجات إذا كان المقابل يتحدد مثلاً بنسبة من المبيعات (١٦٠).

كما أجازت المادة ٧٥ تجاري إيطال ما يعرف بشرط المنع من التصدير . ويبطل هذا الشرط لأنه يحد من قدرة المستورد على التصدير، ولما يؤدي إليه من عجز مستمر ومزمن في موازين مدفوعاته (١٦١). ومع ذلك يدافع فقهاء الغرب عن هذا الشرط بحجة أنه لا يعقل أن يقوم المورد بالسماح للمستورد بالدخول في السوق ومنافسته، خاصة وأنه يسلمه سلاح هذه المنافسة وهو التكنولوجيا التي تمكنه من دخول السوق . كما لا يتصور أن يسمح المورد لمستورد التكنولوجيا بالتصدير إلا إذا كان فارضاً سيطرته الكاملة عليها وضامناً عدم قدرة المستورد على منافسته بأي وضع في السوق الخارجية . أضف إلى ذلك أن المورد سيقوم برفع ثمن مقابل التكنولوجيا إذا أصر المستورد على أن يتم السماح له بالتصدير (١٦٢).

(١٦٠) قارب : دليل التراخيص للمعد لصاخب البلدان النامية ، المشار إليه سابقاً ، فقرة ٣٤٣ ص ٨٥.

(١٦١) في نفس المعنى : الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٥٤ .

(١٦٢) راجع:

Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct =

- المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٣٧ . وعلى أي الأحوال ، تأخذ قيود التصدير أنماطاً عديدة مثل : الخطر الشامل ، أو اغيود على التصدير إلى مناطق محددة ، أو فرض أسعار

(سادساً) - اشتراك المورد في إدارة المنشأة أو تدخله في اختيار العاملين الدائمين بها .

فيجوز إبطال هذا الشرط لأن اشتراك المورد في إدارة المنشأة فيه نوع من فرض السيطرة على المشروع المستورد ، وبما قد يمثل عائقاً من الاكتساب الحقيقي للتكنولوجيا ، ومع ذلك قد يصبح هذا الشرط صحيحاً إذا اقتصر على تقديم المساعدة الفنية في هذا الخصوص (١٦٣) . كذلك يبطل الشرط الذي يلزم المستورد باستخدام عاملين دائمين يختارهم المورد ، ومع ذلك يجوز للمورد أن يفرض على المستورد بعض الخبراء أو العاملين اللازمين للمراحل الأولى للمشروع وحتى يتوافر العاملون المحليون المدربون . وفي كل الأحوال يبطل الشرط الذي يقيد المستورد في استخدام عاملين محليين (١٦٤).

على المنتجات المصدرة أو تحديد الكميات التي يجوز تصديرها ، راجع في ذلك ، الدكتور محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٧٩ - ٣٨٠ .

(١٦٣) ويذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يمكن اعتبار عقود الإدارة من قبيل عقود المساعدة الفنية ، لأن هذه العقود الأخيرة هي عقود تعليمية وتدريبية على القيام بالإنتاج بالدرجة الأولى ، أما عقود الإدارة فهي تؤدي إلى ترسيخ التبعية التكنولوجية لأن المورد يستأثر بسلطة إصدار القرارات في المشروع : الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٦٦ - ٦٧ .

(١٦٤) الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٩ .

**(سابعاً) - شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة
لتشغيل التكنولوجيا من المورد وحده أو من المنشآت
التي يعينها دون غيرها.**

ويعرف هذا الشرط بشرط الشراء الإجباري أو ما يطلق عليه في بعض الأحيان باللغة الإنجليزية Tie in clause والذي بمقتضاه يلتزم المستورد بشراء المعدات والآلات وقطع الغيار أو المواد الخام أو السلع الوسيطة من مورد التكنولوجيا أو من يعينه والتي يمكن الحصول عليها من مصادر أخرى . ولا شك أن هذا الشرط من أخطر الشروط التقييدية وأعمقها أثراً في إحداث التبعية التكنولوجية لما يؤدي إليه من المغالاة في النفقة الإجمالية للتكنولوجيا بطريقة مستترة ، ومن ثمّ الإساءة للاقتصاد القومي بمنع المستورد إلى اللجوء إلى السوق المحلي لسد احتياجاته المكملية لعملية انتقال التكنولوجيا^(١٦٥).

ومع ذلك ، فقد تكون للمورد مصلحة جنية ومشروعة في إمداد المستورد بمكونات الإنتاج أو بالمعدات اللازمة له إذا كان من شأن ذلك ضمان نوعية المنتج ، لا سيما إذا تعلق الأمر بمنهج معد للتصدير أو يحمل العلامة التجارية للمورد^(١٦٦). ووجود هذه المصلحة للمورد من شأنه رفع الحظر عن هذا الشرط . وفي الواقع العملي ، فإن

(١٦٥) في هذا المعنى : الدكتور محمود الكيلاني ، عقود التجارة الدولية في عمال نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٨٠ ؛ الدكتور حمام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٤٤ - ٤٥ .

(١٦٦) دليل التراخيص المصدّح البلدان النامية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، فقرة ٣٣٧ ص ٨٤ ؛ قارب : الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٠ .

المورد قد يرفض إعطاء الضمانات الكافية لضمان فعالية التكنولوجيا المنقولة لأداء الغرض منها وذلك إذا تمسك المستورد بحريته في استخدام أو شراء مكونات إنتاجية أو معدات أو أجهزة من مصادر أخرى^(١٦٧). كما لا تظهر مصلحة للمستورد في التمسك بإبطال هذا الشرط التقييدي ، إذا تعهد المورد بتقديم المعدات ومكونات الإنتاج اللازمة بأسعار تنافسية وحسب الأسعار السائدة أو المواثيق في السوق الدولية أو بشروط أفضل^(١٦٨). وفي هذا الخصوص ، فقد كانت صياغة نص المادة ٧ (ج) من مشروع الأكاديمية أفضل من صياغة نص المادة ٧٥ (و) من قانون التجارة ، إذ أن النص الأول كان يجعل العقد غير نافذ ولا يجوز تسجيله إذا كان العقد يلزم المستورد بشراء المعدات والآلات أو قطع الغيار أو المواد اللازمة للإنتاج من المورد أو من يعينه والتي كان يمكن الحصول عليها من مصادر أخرى بشروط أفضل . فكان الحظر كان مفروضاً في مشروع الأكاديمية بإمكانية الحصول على معدات الإنتاج أو مكوناته بشروط أفضل من تلك التي يعرضها المورد . أما عبارة المادة ٧٥ (و) فلم تشترط للحظر أن يكون للمستورد الحصول على مكونات ومعدات الإنتاج بشروط أفضل من تلك التي يعرضها المورد .

(١٦٧) دليل التراجع المعدل لصاح البلد النامية ، فقرة ٣٢٢ و فقرة ٣٢٣ ص ٨١ .

(١٦٨) السابق ، فقرة ٣٢٤ ص ٨١ .

(ثامناً) - تصرف بيع الإنتاج أو التوكيل في بيعه على المورد أو الأشخاص الذين يعينهم .

ويأخذ هذا الشرط أشكالاً متعددة مثل اشتراط أن يكون المورد هو الموزع أو الوكيل الوحيد للمستورد ، أو شراء كامل الإنتاج أو جزء منه ، أو أن يقوم المورد بعمليات تسويق المنتجات التي تستخدم التكنولوجيا المنقولة في تصنيعها (١٦٩).

ويجوز إبطال هذا الشرط لأنه قد يؤدي إلى تبعية المستورد للمورد في مجال التسويق ويفقد بذلك جانباً هاماً من المهارات اللازمة لإعادة بيع المنتجات التي تستخدم التكنولوجيا في تصنيعها ، وهي مهارات لا تقل أهمية عن عملية اكتساب التمكن التكنولوجي ذاتها (١٧٠).

ولقد كان مشروع الأكاديمية يقضي بعدم جواز تسجيل عقد نقل التكنولوجيا إذا احتوى على هذا الشرط وطالما لم يكن هناك مبرر لإلزام المستورد ببيع السلع التي ينتجها إلى المورد أو من يعينه . وعلى الرغم من عدم تضمين المادة ٧٥ (ز) من قانون التجارة عبارة "دون مبرر" إلا أن نفس المعنى ما زال قائماً لأنه طبقاً لهذه المادة الأخيرة يجوز عدم إبطال هذا الشرط إذا كان للمورد مصلحة جدية ومشروعة فيه . فقد يعود التوزيع عن طريق المورد بالفائدة على الطرفين في معاملات نقل التكنولوجيا ، وعلى وجه الخصوص إذا كانت الطاقة الإنتاجية للمستورد

(١٦٩) دليل التراخيص المدد لصالح البلدان النامية ص ٨٩ - ٩٠ .

(١٧٠) قارب : الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا ، المراجع

المشار إليه سابقاً ص ٦٨ - ٦٩

تتجاوز الطلب المحلي . كما أن المورد قد يدعم قدرات المستورد في بلوغ طاقة تصديرية معينة ، كما تكور للمد مصلحة في هذا الشرط إذا كان الإنتاج يمثل مصدراً أو مخزوناً يعني بحاجات المورد للتصدير في أقاليم أخرى .



خاتمة

عالج المشرع المصري نقل التكنولوجيا في نصوص عديدة ضمّتها الفصل الأول من الباب الثاني من قانون التجارة الجديد ، مستهدفاً بذلك حماية المصلحة الوطنية في مواجهة الشركات الدولية باعتبارها موردة للتكنولوجيا . فهل حالف التوفيق المشرع لبلوغ هذا الهدف ؟ إن الإجابة القاطعة عن هذا السؤال ليست بالأمر السهل ، خاصة وإن ظاهر النصوص يوحي - للوهلة الأولى - أن المشرع قد أحاط مستوردي التكنولوجيا بسياج منيع من الحماية القانونية ، إلا أن الوقوف على جوهر النصوص لا يسعف في الوصول إلى هذه النتيجة لتحقيق طموحات المشرع .

فعلى سبيل المثال ، تنص المادة ١/٧٤ من قانون التجارة على وجوب كتابة عقد نقل التكنولوجيا ، وإلا كان العقد باطلاً . فأصبحت الكتابة بذلك شرطاً شكلياً يلزم لاتخاذ العقد ، وليس مجرد أداة للإثبات . ولكن ما هي جدوى هذا الشرط الشكلي دون أن يتبعه إجراء آخر ، كتسجيل العقد مثلاً ؟ وهو الإجراء الذي كان يستلزمه نص المادتين الخامسة والثالثة عشرة من مشروع أكاديمية البحث العلمي . لا شك أن استلزام تسجيل عقود نقل التكنولوجيا يكفل وجود هيئة تراقب ، من الناحيتين الفنية والقانونية ، شروط ونوعية وجدوى التكنولوجيا موضوع العقد . ولقد كان مشروع الأكاديمية باستحداثه نظام تسجيل عقود نقل التكنولوجيا يضع نظاماً رقابياً صارماً لضمان خضوع هذه العقود للأحكام القانونية الواردة بالمشروع ، وبحيث لا يعتبر العقد نافذاً حتى بين أطرافه ما لم يتم

تسجيله لدى الهيئة المختصة . أما قانون التجارة الجديد ، فقد أعدم أي وسيلة للرقابة على عقود نقل التكنولوجيا ، وهي رقابة في منتهى الأهمية ، لا سيما وان هذه العقود أصبحت طبقاً لصريح نص المادة ٨٧ من قانون التجارة خاضعة لأحكام القانون المصري . لذلك يثور التساؤل عن جدوى استلزام الكتابة كشرط شكلي لانعقاد العقد، مع غياب أي إجراء لاحق كتسجيل العقد .

وإذا كان المشرع المصري قد حقق تقدماً ملموساً عندما نص صراحة على ضمان المورد للتكنولوجيا التي يتم نقلها إلى المستورد وبحيث يضمن المورد التكنولوجيا المنقولة ومطابقتها للعقد وكذلك إنتاج السلع أو أداء الخدمات المتفق عليها ، باعتباره ملزماً بتحقيق النتيجة المرجوة من العقد ، إلا أن المشرع نكص عن تفعيل هذه الحماية عندما أباح للمورد الاتفاق على عكس ذلك كتابة ، أي اشتراطه ببند صريح في العقد عدم الضمان . ولا يخالغ أي عاقل الشك في أن المورد سيعفى نفسه من عبء هذا الضمان ، لكون ذلك مباحاً وفقاً لنص القانون ، وخاصة أن المورد عادة لا تخلو جعبته من المبررات التي تحمله على تضمين العقد إعفاء من هذا الضمان الهام والذي غالباً ما يشكل أحد الأسباب الجوهرية للمنازعات في عقود نقل التكنولوجيا . وهنا يثور التساؤل عن جدوى النص على الالتزام بالضمان في المادة ٨٥ تجارى ؟

ومن المسائل الخطيرة التي لم يعالجها المشرع بحسم مسألة مدى حق المستورد في استخدام التكنولوجيا بعد انتهاء مدة العقد . ذلك

أن المشروعات الدولية عادة ما تشترط على المشروعات المتلقية في الدول النامية عدم الاستمرار في استغلال أو استعمال التكنولوجيا بعد انتهاء مدة العقد . صحيح أن المادة ٧٥ من قانون التجارة أجازت إبطال أي شرط من شأنه تقييد حرية المستورد في استخدام التكنولوجيا ، ولكن يراعى أن المقصود بذلك إبطال القيد الناشئ عن استخدام التكنولوجيا طوال فترة العقد . ولقد كان من المفروض أن ينص المشرع صراحة على إبطال الشرط الذي يقيد حرية المستورد في الاستخدام في حالة انتهاء مدة العقد ذاته ، وهذا ما درجت على النص عليه العديد من قوانين الدول النامية في شأن نقل التكنولوجيا ، وكذلك مشروع التقنين الدولي للسلوك . وكان يتعين عدم ترك هذه المسألة الخطيرة لكي تكون محلاً للجدل أو الاجتهاد . وعلى أي الأحوال ، فحتى على الافتراض الجدلي بقبول التفسير الواسع لعبارة نص المادة ٧٥ تجارى من جواز إبطال أي شرط يقيد حرية المستورد في استخدام التكنولوجيا لكي تنصرف أيضاً إلى عدم جواز تقييد المستورد في الاستخدام بعد انتهاء فترة العقد، فإن المورد ما يزال يمتلك ناصية الأمر ، إذ يستطيع - وطبقاً للمادة ٧٥ تجارى ذاتها - الإفلات من جزاء الإبطال إن هو أبدى مصلحة جديدة ومشروعة في النص في العقد على عدم جواز قيام المستورد باستخدام التكنولوجيا بعد انتهاء مدة العقد . ولا ريب أن المورد لن يعدم الأسباب والحجج في إقناع المحكمة أو هيئة التحكيم ، بحسب الأحوال ، في وجود مصلحة جديدة ومشروعة له في ذلك .

ولعل نص المادة ٧٥ من قانون التجارة هو أكثر النصوص المتعلقة بنقل التكنولوجيا إشارة للجدل وعرضة للانتقاد . ذلك أن هذا

النص يمثل انتكاسة لموقف المشرع المصري لحماية مستوردي التكنولوجيا ومحابة للشركات دولية النشاط الموردة لها . فلقد اتخذ المشرع المصري موقفاً مغايراً للأغلبية الساحقة لتشريعات الدول النامية والتي تستهدف إبطال الشروط التقييدية بطلاناً مطلقاً ، إذ اكتفى مُشرّعنا بإجازة إبطال هذه الشروط إذا وردت بالعقد . بل أن موقف المشرع المصري يختلف عن مشروعات القوانين المصرية المتعلقة بنقل التكنولوجيا مثل مشروع أكاديمية البحث العلمي والذي كان ينص على بطلان العقد بأكمله إن تضمن شرطاً من الشروط التقييدية في بعض الأحوال ، أو عدم نفاذ العقد وعدم الموافقة على تسجيله في أحوال أخرى . بل أن المادة ٧٥ من مشروع قانون التجارة نفسه كانت تتضمن البطلان المطلق كجزء لبعض الشروط التقييدية مثل تقييد حجم الإنتاج أو تحديد سعره أو حرية مستورد التكنولوجيا في التصدير . وهكذا اكتفى المشرع المصري بالبطلان الجوازي للشروط التقييدية وبما يمثل تخاذلاً واضحاً عن حماية المشروعات الوطنية المستوردة للتكنولوجيا . ويزيد الأمر أسفاً أن المشرع المصري قد قلص حالات البطلان وانقصها إلى حد بعيد بمقارنتها بالحالات الواردة في التقنين الدولي للسلوك وكذلك تلك التي وردت في مشروع الأكاديمية . وإمعاناً في التفريط في حماية المشروعات المستوردة للتكنولوجيا تضمن النص النهائي للمادة ٧٥ فقرة يمكن بمقتضاها للمورد النص على الشروط التقييدية دون أن تتعرض تلك الشروط للإبطال إذا وردت بقصد حماية مستهلكي المنتج أو رعاية مصلحة جدية ومشروعة للمورد . وعليه ، يمكن للمورد أن

يفلت بالشروط التقييدية من نطاق البطلان وعلى حساب المستوردين .

ويبدو أن المشرع المصري قد اضطر - تحت وطأة الضغوط التي تمارسها الشركات الدولية أصحاب المصالح - إلى التراجع عن موقفه السابق في مشروع القانون أو اتخاذ نفس الموقف الذي اتخذته معظم التشريعات المعاصرة في كفالة حماية قوية وفعالة لمستوردي التكنولوجيا . ولذا ، فلا يبقى إلا أن نعقد الأمل في كل من القضاء وهيئات التحكيم لتصحيح المسار وتفسير نصوص القانون بما يحقق المصالح المصرية و لا يخل بالعدالة^(١٧١).



(١٧١) راجع في نسوية منازعات الملكية الفكرية ، وخاصة بطريق التحكيم : الدكتور/ محي الدين علم الدين ، بحرية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، ورقة عمل مقدمة من في ندوة التراخيص في مجال الملكية الفكرية ونسوية المنازعات الناشئة عنها ، المنعقد في الفترة من ٩ إلى ١٠ مارس ١٩٩٨ ، مشورات الويبو ، وثيقة رقم :

ARAB/ LIC / CAI / 98 / 6b (١٩٩٨) ؛ كذلك الدكتور عبدالحاميد الأحمد ، منازعات الملكية الفكرية ، تحت مقدم في ندوة التراخيص في مجال الملكية الفكرية ونسوية المنازعات الناشئة عنها ، المنعقد في الفترة من ٩ إلى ١٠ مارس ١٩٩٨ ، مشورات الويبو ، وثيقة رقم: ARAB / LIC / CAI / 98 / 7b (١٩٩٨) ، وفي القانون الواحد المضيف في عقود نقل التكنولوجيا : الدكتور محمود الكيلاني . القانون الواحد المنطبق على موضوع النزاع في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا ، تحت مقدم في ندوة التراخيص في مجال الملكية الفكرية ونسوية المنازعات الناشئة عنها ، في الفترة من ٩ إلى ١٠ مارس (١٩٩٨)

المراجع

أولاً - باللغة العربية :

- ١- الدكتور حسام عيسى ، مشروع القانون المصري لتنظيم نقل التكنولوجيا (دراسة نقدية ١٩٨٨) .
- ٢- الدكتور حسام عيسى ، نقل التكنولوجيا - دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية (دار المستقبل العربي - القاهرة ١٩٨٧) .
- ٣- دليل التراخيص المعد لأصالح البلدان النامية - منشورات ويبو رقم (A) 620 (١٩٧٨) .
- ٤- الدكتور سعيد يحيى ، تنظيم نقل المعرفة الفنية بين مشروع التقنين الدولي ومشروع القانون المصري (منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٦) .
- ٥- الدكتورة سميحة القليوبي ، التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا ، بحث مقدم في ندوة التراخيص في الملكية الفكرية وتسوية المنازعات تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - المنعقدة في القاهرة في الفترة من ٩ - ١٠ مارس (١٩٩٨) .

٦- الدكتورة سميحة القليوبي ، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، مجلة مصر المعاصرة ، العدد ٤٠٦ ، ص ص ٩٧ - ١١٧ (١٩٨٦) .

٧- الدكتور صالح بكر الطيار ، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا - دراسة تحليلية حول العلاقات الناشئة عن نقل التكنولوجيا إلى الدول المتجهة للتصنيع (الناشر : شهد للنشر والإعلام ١٩٩٢) .

٨- الدكتور عبدالحميد الأحديب ، منازعات الملكية الفكرية ، بحث مقدم في ندوة التراخيص في مجال الملكية الفكرية وتسوية المنازعات الناشئة عنها ، المنعقدة في الفترة من ٩ إلى ١٠ مارس ١٩٩٨ ، منشورات الويبو ، وثيقة رقم: ARAB / LIC / CAI / 98 / 7b (١٩٩٨) .

٩- الدكتور ماجد عبد الحميد عمار ، عقد التراخيص الصناعي ، وأهميته للدول النامية (رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - بدون سنة النشر) .

١٠- الدكتور محسن شفيق ، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية (مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٨٤) .

- ١١- الدكتور محمد حسام محمود لطفى ، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا - من منشورات الويبو باللغة العربية - وثيقة رقم WIPO / GITL / IP / DUB / 88 / 11 (١٩٩٨) .
- ١٢- الدكتور محمود الكيلاني ، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة (١٩٩٨) .
- ١٣- الدكتور محمود الكيلاني ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التجارة الدولية - دراسة تطبيقية (١٩٨٨) .
- ١٤- الدكتور محمود الكيلاني ، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في العقد الدولي لنقل التكنولوجيا ، بحث مقدم في ندوة التراخيص في مجال الملكية الفكرية وتسوية المنازعات الناشئة عنها في الفترة من ٩ - ١٠ مارس (١٩٩٨) .
- ١٥- الدكتور محي الدين علم الدين، تجربة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - ورقة مقدمة في ندوة التراخيص في مجال الملكية الفكرية وتسوية المنازعات الناشئة عنها، المنعقدة في الفترة من ٩ - ١٠ مارس ١٩٩٨، منشورات الويبو، وثيقة رقم: ARAB / LZC / CAR / 98 / 6b (١٩٩٨)
- ١٦- الدكتورة نصيرة بو جمعة سعدي ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي (رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية ١٩٨٧) .

١٧- الدكتور نعيم عطية ، التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات
التممية - ضمان الاستحقاق (دار النهضة العربية - القاهرة -
بدون سنة النشر) .

١٨- الدكتور يوسف عبدالهادي خليل الإكياي ، النظام القانوني
لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص
(١٩٨٩) .

ثانياً - باللغة الإنجليزية :

- 1- **Bart Verspagen, The Role of the Intellectual Property System in the Transfer of Technology (Paper Presented at the WIPO Arab Regional Symposium on the Economic Importance of Intellectual Property Rights - Muscat, February 22 to 24, 1999) Document no. E-WIPO/IPR/MCT/99/6.A (1999).**
- 2- **Behrman, Comments on Developing Country Views on Codes of Conduct for the Transfer of Technology, in S. Holland, ed. Codes of Conduct for the Transfer of Technology: A Critique 46 - 60 (Council of the Americas - New York, 1976) reprinted in Sunshine, Legal Aspects of the Transfer of Technology, pp. 230 - 240 (1977).**
- 3- **Bertram I. Rowland, Trade Secrets and Know - How Licensing: Contracts for Secrecy as to Negotiation, Disclosures (Domestic and Foreign Technology Licensing, editor Tom. Arnold 1984).**
- 4- **Charles J. Cornroy, Technology Transfer to China, Legal and Practical Considerations, 21 Stanford Journal of International law 549 (1985).**

- 5- **C. Wolcott Parker II, Licensing to Developing Countries, in Current Trends in Domestic and International Licensing pp. 403-427 (1977).**
- 6- **Dale B. Furnish, Foreign Investment and Transfer of Technology Laws and Regulations in the Andean Common Market (Legal Aspects of Doing Business in Latin America 1980).**
- 7- **Damian F. Beccar Varcla , Argentina Reserves Trend and offers Protection for the Supplier of Technology (in Current legal Aspects of Doing Business in Latin America , editor Stanley Stairs –Published by ABA-1981) .**
- 8- **Dennis Champell , 2 Legal Aspects of Doing Business in Latin America (International Business Series 1991) .**
- 9- **Hein Bardehle ,Negotiation Terms and Conditions of Technology Transfer Arrangements (Seminar on Intellectual Property Licensing and dispute Resolution, Cairo March 9 and 10, 1998) Document no. E-ARB/LIC/CAI/98/1 (February 27 ,1998) .**
- 10- **John H. Barton & Robert B. Dellenbach & Paul Kuruk, Toward a Theory of Technology Licensing , 25 Stanford Journal of International Law PP .195 – 229 (1988 – 1989).**
- 11- **Kari Sipila, Intellectual Property, Valuation and Exploitation, WIPO Arab Regional Symposium on the Economic Importance of Intellectual Property Rights, Muscat, February 22 to 24 1999) Doc. no. E-WIPO/IPR/MCT/99/2 Feb .1999) .**
- 12- **Peter Takirambudde, Technology Transfer and International Law (1980) .**

- 13- **Pierre V. F. Bos & Marco M. Slotboom, The EC Technology Transfer Regulation – A Practical Perspective , Volume 32 No.1 The International Lawyer, pp1-25 (Spring 1998) .**
- 14- **Transfer of Technology, The UNIDO “Guidelines” Paper – Alternative Channels For in – Flow of Technology – (Published in Legal Aspects of the Transfer Technology , editors : Russel B. Sunshine & Richard Baxbaum,pp 11-15 (1997) .**



فهرس

٣٣٥ مقدمة
٣٣٥	١- أهمية التنظيم القانوني لنقل التكنولوجيا
٣٣٨	٢- الجهود علي المستوى الدولي
٣٣٨	أ- جهود الأمم المتحدة
٣٣٩	ب- جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية
٣٤١	٣- الجهود علي المستوى الوطني
٣٤٣ خطة الدراسة
٣٤٣ تقسيم
٣٤٥ المطلب الأول : التفاوض على نقل التكنولوجيا
٣٤٥	أولاً - أساسيات المفاوضات
٣٤٨	ثانياً - الحفاظ على السرية في المفاوضات
٣٥٢ المطلب الثاني : إبرام عقد نقل التكنولوجيا
٣٥٢	أولاً - تحرير العقد
٣٥٥	ثانياً - أطراف العقد
٣٥٨	ثالثاً - موضوع العقد
٣٦٩	رابعاً - مدة العقد
	المطلب الثالث : الالتزامات المتبادلة في عقد نقل
	التكنولوجيا
٣٧٣ أولاً - التزامات المورد
٣٧٣	١- الالتزام بنقل التكنولوجيا

٣٧٧	٢- الالتزام المورد بتقديم المساعدة الفنية
٣٨٠	٣- الالتزام بالضمان
٣٨٤	٤- الالتزام بالتبصير
٣٨٧	٥- التزامات أخرى
٣٨٧	أ- الالتزام بتقديم التحسينات
٣٨٨	ب- الالتزام بالمحافظة على السرية
٣٨٨	ثانياً - التزامات المستورد
٣٨٨	١- الالتزام بأداء المقابل
٤٠٠	٢- الالتزام بالسرية
٤٠٤	٣- التزامات أخرى
٤٠٤	أ- الالتزام باستخدام عاملين مهرة
	ب- إطلاع المورد على الأحكام القانونية لاستيراد
٤٠٦	التكنولوجيا
٤٠٦	ج- الالتزام بعدم الترخيص من الباطن
	ثالثاً - جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد
٤١٠	نقل التكنولوجيا
٤١٠	(أ) الجزاءات في مواجهة المورد
٤١١	١- عدم تنفيذ الالتزام بنقل التكنولوجيا
٤١٢	٢- التأخير في تنفيذ الالتزام
٤١٣	٣- عدم تحقيق النتائج المطلوبة
٤١٥	(ب) الجزاءات في مواجهة المستورد
٤١٥	١- التأخير في دفع المقابل
٤١٧	٢- التخلف عن دفع المقابل

٤١٩	المطلب الرابع الشروط التقييدية
٤١٩	أولاً - ماهية الشروط التقييدية
٤٢٠	ثانياً - الشروط التقييدية على المستوى الدولي ..
	ثالثاً - الشروط التقييدية في المادة ٧٥ من قانون
٤٢٥	التجارة
	١- ملاحظات حول نص المادة ٧٥ من قانون
٤٢٧	التجارة ..
٤٢٧	الملحوظة الأولى : البطلان جوازي ..
٤٣٠	الملحوظة الثانية : تقليص حالات البطلان
٤٣٤	الملحوظة الثالثة : الحد من أعمال البطلان
	٢- مضمون الشروط التقييدية في المادة ٧٥
٤٣٧	من قانون التجارة
	(أولاً) - تقييد حرية المستورد في استخدام
	التكنولوجيا أو تطويرها أو تعريف
٤٣٧	الإنتاج أو الإعلان عنه
	(ثانياً) - قبول التحسينات التي يدخلها المورد
٤٤٠	على التكنولوجيا وأداء قيمتها
	(ثالثاً) - حظر إدخال تحسينات أو تعديلات على
	التكنولوجيا لئلا تلام الظروف المحلية أو
	ظروف منشأة المستورد وكذلك حظر
	الحصول على تكنولوجيا أخرى مماثلة
٤٤١	أو منافسة للتكنولوجيا محل العقد

	(رابعاً) - استعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التي استخدمت التكنولوجيا في إنتاجها
٤٤٢	(خامساً) - تقييد حجم الإنتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه أو تصديره
٤٤٣	(سادساً) - اشتراك المورد في إدارة المنشأة أو تدخله في اختيار العاملين الدائمين بها
٤٤٥	(سابعاً) - شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار لتشغيل التكنولوجيا من المورد وحده أو من المنشأة التي يعينها دون غيرها
٤٤٦	(ثامناً) - قصر الإنتاج أو التوكيل في بيعه على المورد أو الأشخاص الذين يعينهم
٤٤٨	خاتمة
٤٥٠	المراجع
٤٥٥	أولاً - باللغة العربية
٤٥٨	ثانياً باللغة الإنجليزية
٤٦١	الفهرس



الحماية الإجرائية للبيئة

المشكلات المتعلقة بالضبطية القضائية والإثبات
فى نطاق التشريعات البيئية

دكتور

أمين مصطفى محمد

كلية الحقوق

جامعة الإسكندرية

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَالْأَرْضَ مَدَدْنَاهَا وَأَلْقَيْنَا فِيهَا رُوسَى وَأَنْبَتْنَا فِيهَا
مِنْ كُلِّ شَيْءٍ مَّزْزُونٍ ﴾

(آية ١٩ سورة العنكبوت)

١-يعد السلوك الإنسانى أحد العوامل الهامة المؤثرة على البيئة سواء بتلويثها أو الحفاظ عليها. فتنظافة البيئة وسلامتها تعتمد أساساً على مدى دور الإنسان فى التعامل مع البيئة التى تحيط به. وبعد أن زادت فى الأونة الأخيرة أساليب تلوث البيئة، وتأثر الإنسان والحيوان والنبات بهذا التلوث،بدأ الاهتمام بالبحث عن الوسائل المناسبة التى تضمن توفير بيئة سليمة ونظيفة.

ولقد اهتم المجتمع الدولي بموضوع البيئة من خلال منظمة الأمم المتحدة^(١) التى أكدت منذ عام ١٩٤٨ على حق الإنسان فى التمتع ببيئة سليمة ونظيفة ، إذ تؤكد المادة ٢٥ من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان على أن لكل شخص الحق فى مستوى معيشى مناسب للحفاظ على صحته وكيانه. وازداد اهتمام الأمم المتحدة بهذا الموضوع،فعمقت أول مؤتمراتها حول البيئة فى مدينة ستوكهولم بالسويد عام ١٩٧٢ حيث وضع برنامج للأمم المتحدة للبيئة (PNUe) وتم الاعتراف من خلاله بحق الإنسان فى التمتع ببيئة سليمة ووسط بيئى متوازن، والتأكيد على واجبه فى حماية وتحسين البيئة للأجيال الحالية والقائمة.

وهكذا بدأ الاهتمام بالبيئة على المستوى الدولي، وكان له أثره الإيجابى على الدول النامية التى لم تكن تعبر البيئة أى اهتمام لانشغالها بمشاكلها الداخلية، وعلى نحو قد شجع بعض الدول المتقدمة على استغلال هذه الدول للتخلص من نفاياتها الخطرة،مما حدا بالأمم المتحدة إلى إصدار

Mohan PRABHU C.R. Rapporteur général congrès international^(١) sur les "crims contre l'environnement", organisé par la section candienne de l'association internationale de droit pénal . qui a eu lieu à Ottawa du 2 au 5 novembre 1992.. Rev. int. dr. pen. 1994. 3et p.663

اتفاقية Bale بشأن تنظيم حركة النفايات الخطرة عبر الحدود الدولية والتخلص منها.

واتجهت العديد من الدول بعد ذلك إلى إصدار القوانين اللازمة لحماية البيئة حتى أنه يصعب القول الآن بأنه لا توجد دولة واحدة لم تصدر بعد قانوناً يتعلق بحماية البيئة. وقد كان واضحاً من خلال القوانين المتعددة المتعلقة بالبيئة والدراسات المتعددة^(١) الاهتمام بالحماية الموضوعية للبيئة من حيث تحديد الجرائم الماسة بالبيئة، وبيان أركانها، وأحكام المسؤولية الخاصة بها والجزاءات المقررة لها، وكان لهذا الاهتمام ما يبرره لحدائث العهد بموضوع البيئة. ومع ذلك يبقى للجانب الإجرائي لحماية البيئة أهمية لا تنكر، نظراً لمدى أثر دور المكلفين بتطبيق أحكام التشريعات البيئية على أصحاب الشأن ومدى استجابة هؤلاء لتنفيذ المتطلبات القانونية، وخاصة وأنه لا يزال لدى البعض الشعور بأن اقتراف جريمة ماسة بالبيئة لا يعد فعلاً مخالفاً للدين أو الأخلاق. فضلاً على أن الاهتمام بالجانب الإجرائي للجريمة الماسة بالبيئة سوف يمهّد الطريق لفرع قانوني جديد يمكن أن يطلق عليه القانون الجنائي البيئي^(٢) يهتم بدراسة الظاهرة الخاصة بالاعتداءات غير المشروعة على البيئة، وبين جزاءاتها والإجراءات اللازمة لضبطها وإثباتها.

(١) راجع على سبيل المثال :

- الدكتور / نور الدين هندلوي -الحماية الجنائية للبيئة، دراسة مقارنة -دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.
- الدكتور/ عبد الرحمن حسين -الحماية الجنائية لحق الإنسان في بيئة ملائمة - مكتبة نهضة الشرق -جامعة القاهرة، ١٩٨٥ .
- الدكتور /فراج صالح الهريش - جرائم تلويث البيئة، دراسة مقارنة -القاهرة، ١٩٩٨.

(٢) راجع بشأن القانون الجنائي البيئي Criminal environmental law الدكتور/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون حماية البيئة، نرأسه ناصيليه فى الأنظمة الوطنية والاتفاقية - جامعة الملك سعود، ١٩٩٧، ص ٢٧ وما بعدها.

خطة البحث :

٢- لا يقتضى التعرض لدراسة الحماية الإجرائية للبيئة سرد كافة الموضوعات التى وردت فى قانون الإجراءات الجنائية ومحاولة تطبيقها على الجرائم الماسة بالبيئة، إذ إن أغلب القواعد الإجرائية التى تطبق على هذه الجرائم لا تختلف كثيراً عن تلك التى يتضمنها قانون الإجراءات الجنائية، فبالنظر إلى أن ينصب اهتمامنا إلا على تلك القواعد الإجرائية التى قد تتميز بطابع خاص فى مجال التشريعات البيئية. وأهم هذه القواعد ما يتعلق بالضبطية القضائية وإثبات الجرائم الماسة بالبيئة. بل إنه فى نطاق هذين الموضوعين لن أتأول إلا ما يمثل تميز لهما فى نطاق التشريعات البيئية على نحو يجعله ينفرد بخصوصية معينة، مما يضعنا فى نهاية الأمر أمام عدة مشكلات، تتألى من خلال حاجة هذه التشريعات البيئية لقواعد إجرائية خاصة بها.

ولهذا يمكن تقسيم هذا البحث إلى فصلين، أخصص أولهما لدراسة المشكلات المتعلقة بالضبطية القضائية فى مجال التشريعات البيئية، وأعرض فى ثانيهما للمشكلات المتعلقة بإثبات الجرائم الماسة بالبيئة، وذلك على النحو التالي :

الفصل الأول: المشكلات المتعلقة بالضبطية القضائية فى نطاق التشريعات البيئية.

الفصل الثانى : المشكلات المتعلقة بإثبات الجرائم الماسة بالبيئة.

الفصل الأول
المشكلات المتعلقة
بالضبطية القضائية في نطاق التشريعات البيئية

تمهيد وتقسيم :

٣- تتميز الضبطية القضائية في مجال قوانين البيئة بأهمية دورها الذي يعتمد على الطبيعة الخاصة لمهام من تمنح لهم صفة هذه الضبطية . إذ يجب أن يكونوا على قدر كافٍ من التأهيل الفني والخبرة العملية على نحو يضمن لهم ضبط وإثبات كافة الجرائم التي تقع في مجال البيئة، حيث لا يمكن أن يستقل بهذه المهمة مأمورو الضبط ذوي الاختصاص العام لما قد يستلزمه الكشف عن بعض جرائم تلويث البيئة من توافر متخصصين قادرين على استعمال بعض الأجهزة الفنية الدقيقة. وإن كان هذا لا ينفي حق مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام من ضبط جميع الجرائم بما فيها جرائم تلويث البيئة ، إذ إن إضفاء صفة الضبط القضائي^(١) على موظف ما في صدد جرائم معينة لا يعنى سلب تلك الصفة في شأن هذه الجرائم من مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام.

ويمكن تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: الأداة القانونية المناسبة لمنح صفة الضبطية القضائية في نطاق التشريعات البيئية.

المبحث الثاني: واجبات مأموري الضبط القضائي في نطاق التشريعات البيئية .

(١) نفس أول ديسمبر ١٩٨٨، مجموعة أحكام النقض، م ٣٩ ص ١١٥٩

عص بول بوسو ١٩٨٩، مجموعة أحكام النقض، م ٤٠ ص ٥٩٤ .

عص بول كوير ١٩٨٩، مجموعة أحكام النقض، م ٤٠ ص ٧٠٩ .

المبحث الثالث: الحماية القانونية اللازمة لمأموري الضبط القضائي
المختصين بتطبيق التشريعات البيئية .

المبحث الرابع: إلزام مأموري الضبط القضائي المكلفين بتطبيق
التشريعات البيئية بالمحافظة على أسرار المهنة .

المبحث الأول

الأداة القانونية المناسبة لمنح صفة الضبطية القضائية

في نطاق التشريعات البيئية

٤- تختلف التشريعات فيما بينها من حيث تحديد الأداة القانونية المناسبة لتحويل بعض الموظفين صفة الضبطية القضائية ، ففى حين تمنح هذه الصفة بقرارات إدارية فى كل من التشريع المصري والكويتي فإنها لا تخول إلا بقانون فى نطاق التشريع الفرنسي .

إذ تجيز المادة ٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية المصري لوزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص تحويل بعض الموظفين صفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة إلى الجرائم التى تقع فى دوائر اختصاصهم وتكون متعلقة بأعمال وظائفهم. ورغبة من المشرع المصري فى توحيد وسائل منح صفة الضبطية القضائية قرر فى هذه المادة اعتبار النصوص الواردة فى القوانين والمراسيم والقرارات الأخرى بشأن تحويل بعض الموظفين اختصاص مأموري الضبط القضائي بمثابة قرارات صادرة من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص.

ومع ذلك فإن اختصاص وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص بمنح صفة الضبطية القضائية لبعض الموظفين لا يحول دون أن يتولى القانون نفسه منح هذه الصفة. وذلك كما جاء بالمادة ٧٨ من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ فى شأن البيئة، والتى قضت باعتبار مندوبي الجهات الإدارية المختصة والممثلين القنصليين فى الخارج من مأموري الضبط القضائي فيما يختص بتطبيق أحكام الباب الثالث من هذا القانون فى شأن حماية البيئة المائية من التلوث، ومع ذلك فقد أجازت المادة المذكورة لوزير العدل بالاتفاق مع الوزراء المعنيين منح هذه الصفة لعاملين آخرين وفقا

لما يقتضيه تنفيذ قانون البيئة وبما يتفق وقواعد القانون الدولي.

وإن كان يثور التساؤل في هذا المجال عن مدى حاجة القوانين المختلفة بما فيها قانون البيئة المذكور من حيث النص صراحة على مكنة وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص بمنح صفة الضبطية لبعض الموظفين في مجال تطبيق القانون المصري؟ ألم يكن يكفي وجود نص المادة ٢٣، من قانون الإجراءات الجنائية سالفة الذكر، والتي تسمح صراحة بهذه المكنة لوزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص باعتبارها النص العام الذي بناءً عليه يكون للوزير المختص أن يطلب من وزير العدل منح صفة الضبطية القضائية للموظفين اللازمين لتنفيذ أحكام قانون ما .

وعلى عكس الوضع في التشريع المصري لا تمنح صفة الضبطية القضائية في نطاق التشريع الفرنسي إلا بقانون^(١) ، وهذا ما تقتضيه المادة ٣/٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي والتي تحدد مأموري الضبط، حيث تتم في فقرتها الثالثة على تلك الطائفة من الموظفين أو الأعضاء الذين يخول لهم القانون بعض سلطات الضبط القضائي . وهكذا لا تمنح صفة الضبطية القضائية للموظفين في فرنسا إلا بقانون يسمح لهم بتنفيذ أحكامهم، وذلك من خلال النص على منحهم بعض سلطات مأموري الضبط التي تتناسب وما يقتضيه تنفيذ تلك الأحكام.

(١) راجع في شأن ذلك :

- Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC.
Procédure Pénale Dalloz , Paris . 16^e éd. n° 296, p. 306.
Jean PRADFÉ . Prcedure Pénale 9ème éd Cujas . Paris. 1997.
n° 142. p 147

ومن ذلك ما بصت عليه المادة ٢٢ من قانون الإجراءات الجزائية
الفرنسي التي تكلف المهندسين والفنيين العاملين في المياه العذبة والغابات
وكذلك مراقبي الحقول بالكشف عن الجرائم التي تقع ماسة بالغابات
والحقول وضبطها، كما تحدد المواد من ٢٣ إلى ٢٦ من نفس القانون
بعض سلطات مأموري الضبط التي يمكن لهؤلاء الموظفين من استعمالها
في سبيل تنفيذ مهامهم .

وعلى خلاف الوضع في كل من القانون المصري والفرنسي، فلم
يعالج المشرع الكويتي مسألة منح صفة الضبطية القضائية لبعض
الموظفين، بل الأكثر من ذلك فلقد أتى قانون الإجراءات والمحاكمات
الجزائية الكويتي خالياً^(١) تماماً من لفظ " الضبط القضائي " ولم يحدد
الأشخاص المنوط بهم القيام بهذا الدور . وبالتالي لا يشترط في نطاق
التشريع الكويتي منح صفة الضبطية لموظفين بواسطة القانون كما هو
الوضع في فرنسا أو حتى بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير
المختص كما هو الوضع في مصر، بل يكفي في نطاق التشريع الكويتي
أن يصدر مجرد قرار إداري^(٢) من أحد كبار الموظفين - والذي لا يشترط
أن يكون وزيراً - يعينه القانون ليصدر القرار الخاص بتحديد الموظفين

(١) الدكتور / عبد الوهاب حومد- الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية -
مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٧، ص ٦٠.

-الدكتور/ إبراهيم إبراهيم الغماز- المشكلات العملية في قانون الإجراءات
الجزائية الكويتية - الكويت، ١٩٩٦ ص ٨.

(٢) ومثال ذلك ما نقضى به المادة ٤٥ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٩٦ في شأن
إصدار قانون الصناعة الكويتي بأنه " يكون " للموظفين الذين ينتدبهم رئيس
مجلس إدارة الهيئة (الهيئة العامة للصناعة) لمراقبة تنفيذ هذا القانون حق دخول
المنشآت ومغار الحرف الصناعية والتفتيش ولهم ضبط الحالات المخالفة لأحكام
هذا القانون وتحرير المحاضر اللازمة وإحالتها إلى الجهات المختصة ولهم
تسليحه مبحث المرفقة " نرد الأمر

اللازمين لتنفيذ أحكام قانون ما، ومنحهم صفة الضبطية القضائية اللازمة. ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١١ من القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٥ بشأن إنشاء الهيئة العامة للبيئة حيث تسمح للمدير العام للهيئة العامة للبيئة بتدبير الموظفين اللازمين للقيام أعمال التفتيش التي يتطلبها تنفيذ هذا القانون أو اللوائح والقرارات المنفذة له وإثبات ما يقع من مخالفات لأحكامه، ويكون لهؤلاء الموظفين في سبيل القيام بهذه الأعمال دخول الأماكن وإجراء القياسات والدراسات اللازمة لتحديد مدى تلوث البيئة ومصادر التلوث والتأكد من تطبيق النظم والاشتراطات الخاصة بحماية البيئة، كما لهم الاستعانة برجال الشرطة إذا اقتضى الأمر ذلك.

وخلو التشريع الكويتي من التحديد الصريح للأداة اللازمة لمنح صفة الضبطية القضائية لبعض الموظفين يعد فراغاً تشريعياً يجب سده، إذ إن ترك الأمر هكذا لمحض سلطة تقديرية لأحد المسؤولين الإداريين حتى ولو تم تحديده بواسطة قانون قد يؤدي إلى تمتع هؤلاء الموظفين المخولين صفة الضبطية القضائية بسلطات واسعة وذلك كله على حساب حريات الأفراد وحقوقهم، فضلاً عما قد ينتج عن ذلك من تدخل اختصاصات لبعض هؤلاء الموظفين وتضاربها. فالأمر في حاجة إلى قصر منح صفة الضبطية القضائية على جهة واحدة، ولتكن -كما هو الوضع في القانون المصري- وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص، وقد يعد هذا السبيل أفضل من نظيره في نطاق التشريع الفرنسي الذي لا تمنح خلاله صفة الضبطية القضائية لبعض الموظفين إلا بواسطة القانون، وهذا ما قد يتمشى وطبيعة كل من التشريع المصري والكويتي من حيث منح صفة الضبطية القضائية لبعض الموظفين يتم تحديدهم -غالباً- بأسمائهم وليس بالمسمى الوظيفي لهم كما يفضل المشرع الفرنسي.

وتجدر الإشارة إلى أهمية دور مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص الخاص في نطاق التشريعات البيئية، إذ إن مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام يفتقدوا للتأهيل المناسب، وكذلك للوسائل والأدوات اللازمة التي تعينهم على ضبط الجرائم البيئية. ومع ذلك فأعداد الموظفين المختصين بضبط الجرائم البيئية يبقى ضئيلاً^(١) بالمقارنة بما يجب عليهم القيام به من أعمال مراقبة ومتابعة وتفتيش للحفاظ على البيئة سليمة ونظيفة.

Michel PRIEUR, Droit de l'environnement, Dalloz, Paris. (١)
1996, n° 928, p.824

المبحث الثاني

واجبات مأموري الضبط القضائي

في نطاق التشريعات البيئية

تمهيد وتقسيم :

٥- إن الحديث عن واجبات مأموري الضبط القضائي في نطاق قوانين البيئة المختلفة لا يمكن أن يتشابه بأي حال من الأحوال بما هو عليه الوضع في قوانين الإجراءات الجنائية، إذ إن الطبيعة المميزة لجرائم تلويث البيئة تتطلب أيضا دورا متميزا لمأموري الضبط القضائي المكلفين بتنفيذ أحكام القانون قبلها .

وهذا ما جعل المشرع الفرنسي من جانيه يتدخل في مواضع عدة ليحدد اختصاصات مأموري الضبط بشأن جرائم تلويث البيئة بحيث لا يسمح لهم بكافة اختصاصات مأموري الضبط القضائي المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية، والتي لا يتطلب أدأهم لأعمالهم ممارستها بشأن هذا النوع من الجرائم. وهذا ما تقضى به المادة ٢٨ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، إذ تؤكد على أن الموظفين وأعضاء الإدارات والخدمات العامة والذين تمنحهم قوانين خاصة بعض سلطات الضبط القضائي يمارسون هذه السلطات في حدود الشروط والقيود المحددة لهم بواسطة هذه القوانين ، وبالتالي فلا يسمح لهم باتخاذ أى إجراء أو استعمال أى سلطات لا يعترف لهم بها القانون^(١).

(١) راجع بشأن التطبيقات القضائية الخاصة بالمادة ٢٨ سالفه الذكر أحكام محكمة النقض الفرنسية التالية :

- Crim . 11 Mai 1993. Gaz. Pal . 1993 . I. 244 , note PANNIER.
- Crim 18 Déc 1989 JCP1990 . II.21531, note CHAMBON; D. 1991 Somm 174, obs PANNIER.

ومن القوانين الخاصة التي تحدد بعض سلطات الضبط القضائي الممنوحة لموظفي أو أعضاء الإدارات المختلفة القانون الزراعي الفرنسي، وذلك فيما يتعلق بالصيد في المياه العذبة أو مياه البحر (المواد R. 237-1, L. 337-1 L.228-26).

وعلى العكس من ذلك لم يرد في ذهن المشرع المصري أو الكويتي فكرة تحديد اختصاصات مأموري الضبط القضائي ذوى الاختصاص الخاص بشأن جرائم تلويث البيئة، مما يدعو في النهاية إلى الاعتراف لهم بكافة اختصاصات مأموري الضبط القضائي المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية، وعلى نحو قد لا يتطلبه تطبيق قانون البيئة سواء في مصر أو الكويت .

وهذا يدعونا إلى التعرض لدراسة واجبات مأموري الضبط القضائي في نطاق قوانين البيئة بناء على ما تضمنه قانون الإجراءات الجنائية تحديداً لتلك الواجبات بصفة عامة. وبيان مدى عدم ملاءمة هذه الاختصاصات الواسعة وطبيعة تطبيق أحكام قوانين البيئة .

وبناءً على ما سبق تمثل المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري القاعدة العامة بشأن تحديد واجبات مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص الخاص بشأن تطبيقهم لقانون البيئة، وتنص هذه المادة على أنه "يجب على مأموري الضبط القضائي أن يقبلوا التبليغات والشكاوى التي ترد إليهم بشأن الجرائم، وأن يبعثوا بها فوراً إلى النيابة العامة، ويجب عليهم وعلى رؤسهم أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجزوا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التي تبلغ إليهم، أو التسي يعلنون بها بأية كيفية كانت، وعليهم أن يتخذوا جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة .

ويجب أن تثبت جميع الإجراءات التي يقوم بها مأمورو الضبط القضائي في محاضر موقع عليها منهم يبين بها وقت إتخاذ الإجراءات ومكان حصولها، ويجب أن تشمل تلك المحاضر زيادة على ما تقدم توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا. وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة^(١).

وهكذا تعدد هذه المادة واجبات مأموري الضبط القضائي بصفة عامة والتي يمكن اعتبارها أيضاً واجبات مأموري الضبط القضائي ذوي الصفة الخاصة المكلفين بتطبيق قانون البيئة، وكما سبق القول أنفاً^(١) فلين الطبيعة الخاصة بجرائم تلويث البيئة تجعل دور مأموري الضبط القضائي متميزاً عند تطبيق أحكام القانون قبلها، وبالتالي فعند قيامهم بتلك الواجبات المذكورة أنفاً والتي لن تكون في حقيقتها -ولا يجب أن تكون- كذلك الواجبات التي يضطلع بها مأمور الضبط القضائي عادة. وينطبق هذا القول بصفة خاصة على ما يتعلق بدور مأموري الضبط القضائي المكلفين بتنفيذ أحكام التشريعات البيئة بشأن قبول التبليغات والشكاوى الخاصة بجرائم تلويث البيئة، وإجراء التحريات الخاصة لضبط هذه الجرائم، وتحرير المحاضر اللازمة لذلك.

وأعرض لهذه الموضوعات في ثلاثة مطالب، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول : انحسار دور مأموري الضبط القضائي بشأن قبول التبليغات والشكاوى الخاصة بجرائم تلويث البيئة.

(١) راجع ما سبق بند ٥.

المطلب الثاني : تعاضد دور مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص الخاص بشأن إجراء التحريات اللازمة لضبط الجرائم الماسة بالبيئة.

المطلب الثالث : تحرير المحاضر الخاصة بضبط الجرائم الماسة بالبيئة .

المطلب الأول

انحسار دور مأموري الضبط القضائي بشأن قبول التبليغات

والشكاوى الخاصة بجرائم تلويث البيئة

٦- إن الطبيعة الخاصة لجرائم تلويث البيئة تجعل الإبلاغ عنها وتقديم شكوى بشأنها أمراً غير متصور في كثير من الأحوال، فكثير من تلك الجرائم يمكن أن يقع ويتحقق ضررها دون أن يدري بها أحد، اللهم بعض المتخصصين المجهزين بأدوات خاصة لكشفها، أما الفرد العادي وخاصة في مجتمعات العالم الثالث فيصعب عليه اكتشاف ما هو ضار البيئة، وما هو يشكل جريمة بشأنها ويستحق التبليغ عنه، بل الأكثر من ذلك قد يقدم البعض على مخالفة أحكام قانون البيئة ويشكل سلوكه جريمة ضد البيئة وهو لا يدري أنه مخالف، وخاصة في ظل تضخم لوائح قوانين البيئة وتضمنها معايير عدة وقياسات مفصلة وردت في ملاحق وجداول مختلفة، والأمثلة على ذلك كثيرة منها تجاوز الحدود القصوى لملوثات الهواء الخارجي، أو الحدود المسموح بها لشدة الصوت ومدة التعرض الآمن لها داخل أماكن العمل وداخل الأماكن المغلقة..

هذا فضلاً عن دور الوعي الثقافي وإحساس الفرد العادي بمدى جسامه الآثار الضارة الناشئة عن ارتكاب جرائم ضد البيئة ، فقد يصل

لعلمه أمر وقوع إحدى تلك الجرائم، ولكنه يمتنع عن التبليغ عنها باعتبارها لا تشكل -لديه أو لغيره- ضرراً فورياً يلزم التصدي له.

وهذا ما تنبّه إليه المشرع المصرى أثناء إعداد قانون البيئة ولائحته التنفيذية ، وحاول أن يتجنبه بوسيلتين هما :

الوسيلة الأولى: التأكيد على حق التبليغ عن جرائم تلويث البيئة

٧- أكد قانون البيئة المصرى على هذا الحق على الرغم من وجود نص المادة ٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية التى تسمح لكل من علم بوقوع جريمة يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأمورى الضبط القضائي عنها.

ويحمل هذا التأكيد الرغبة فى حث الأفراد على عدم التردد فى الإبلاغ عن جرائم البيئة بصفة عامة، إذ تنص المادة ١٠٣ من القانون رقم ٤ لسنة ٩٤ بإصدار قانون فى شأن البيئة ولائحته التنفيذية بأنه "لكل مواطن أو جمعية معنية بحماية البيئة الحق فى التبليغ عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون".

وتقديراً من المشرع المصرى لأهمية التبليغ عن جرائم البيئة، فإنه حرص على تضمين اللائحة التنفيذية لقانون البيئة ما يؤكد هذا الحق عندما نص بالمادة ٦٥ من تلك اللائحة على أنه "يجوز لكل مواطن أو جمعية معنية بحماية البيئة اللجوء إلى الأجهزة الإدارية والقضائية المختصة بغرض تنفيذ أحكام قانون البيئة وما ورد بهذه اللائحة ، وعلى وزارة الداخلية بالتنسيق مع جهاز شئون البيئة إنشاء شرطة متخصصة لحماية البيئة بالوزارة ومديريات الأمن بالمحافظات ، تختص بالعمل على تنفيذ أحكام القوانين والقرارات المتعلقة بحماية البيئة ، وكذا تلقى الشكاوى

والبلاغات التى تقدم فى هذا الشأن ، واتخاذ الإجراءات القانونية بشأنها".

وحسناً فعل المشرع المصرى عندما أكد فى كل من قانون البيئة ولانحنه على دور الجمعيات المعنية^(١) بالبيئة فى الحفاظ على البيئة من خلال أعضائها الذين يتعاضد دورهم باعتبارهم مهتمين بشئون البيئة على نحو قد يغطي العجز فى أعداد المتخصصين من مأمورى الضبط فى هذا المجال، وخاصة أمام تعدد وتنضخ الأفعال المخالفة للبيئة التى يتطلب لكشفها أساليب ومعدات خاصة.

الوسيلة الثانية: الإبلاغ الإلزامى عن بعض الجرائم الماسة بالبيئة

٨- إذا كان الإبلاغ عن الجرائم كقاعدة يعد حقاً للأفراد لهم أن يستعملوه أو يمتنعوا عنه إن أرادوا، إلا أن المشرع ولحكمة خاصة تعود لطبيعة بعض الجرائم قد يلزم الأفراد بالإبلاغ عنها ، وبالتالي يصبح الإبلاغ عن هذه الجرائم واجباً يلتزم به الأفراد، ويتعرضون للعقاب إذا علموا بوقوعها وامتنعوا عن الإبلاغ عنها.

وذلك كما هو الحال فى قانون العقوبات المصرى حيث تلزم المادة ٨٤ منه كل من يعلم بارتكاب إحدى الجنايات أو الجنىح المضرة بأمن الحكومة من جهة الخارج بإبلاغ السلطات المختصة وإلا تعرض لعقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتضاعف هذه العقوبة إذا وقعت الجريمة فى زمن الحرب.

(١) كما تجيز المادة الخامسة من القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٣ فى شأن المحميات الطبيعية لجمعيات حماية البيئة المشهرة وفقاً للقانون اللجوء إلى الأجهزة الإدارية والقضائية المختصة بغرض تنفيذ أحكام القانون والقرارات المتعلقة بحماية المحميات الطبيعية .

والحكمة من الإبلاغ الإلزامي عن بعض الجرائم قد تبدو ساطعة في مجال قوانين البيئة حيث قد تقع بعض الجرائم بالمخالفة لهذه القوانين ويصعب أو يستحيل أن يعلم بها أحد إلا مرتكبها. ومن ذلك ما ورد في صلب قانون البيئة المصري حيث تفرض المادة ٥٥ منه على مالك السفينة أو ربانها أو أى شخص مسئول عنها وعلى المسؤولين عن وسائل نقل الزيت الواقعة داخل الموانئ أو البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية ، وكذلك الشركات العاملة في استخراج الزيت أن يبادروا فوراً إلى إبلاغ الجهات الإدارية المختصة عن كل حادث تسرب للزيت فور حدوثه، مع بيان ظروف الحادث ونوع المادة المتسربة والإجراءات التي اتخذت لإيقاف التسرب أو الحد منه، وغير ذلك من البيانات المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية واللائحة التنفيذية لهذا القانون . وتعاقب المادة ٩٢ من نفس القانون كل من يخل بهذا الالتزام بغرامة لا تقل عن سبعين ألف جنيه ولا تزيد على ثلاثمائة ألف جنيهه، وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس وغرامة لا تقل عن ثلاثمائة ألف جنيه ولا تزيد على خمسمائة ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تقديم البلاغ يكون واجبا على الموظف العام الذى يعلم بارتكاب جريمة أثناء تأدية عمله أو بسببه، إذ توجب المادة ٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري على كل من علم من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء تأدية عمله أو بسبب تأديته بوقوع جريمة من الجرائم التى يجوز للنياحة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ عنها فوراً النياحة العامة أو أقرب مأمور من مأمورى الضبط القضائي .

ولم يقرر المشرع المصري جزاء جنائياً على مخالفة هذا الواجب^(١) إذ لا يترتب على قعود الموظف عن أدائه توقيع عقوبة، ومع ذلك يجوز أن يسأل عن ذلك تأديبياً .

وقد كان أولى بالمشرع المصري أن يضمن قانون البيئة هذا النص مدعماً بجزاء جنائي نظراً لملاءمته وطبيعة الجرائم الماسة بالبيئة التي قد تقع ويتخلف عنها أضرار جسيمة دون أن ينتبه لها أحد، اللهم إلا ممن يفترض فيهم بحسب مؤهلاتهم ووظائفهم وما يحتكمون عليه من أجهزة، فمثل هؤلاء يجب عليهم أن يلتزموا بالإبلاغ الفوري عما يكتشفونه من جرائم ماسة بالبيئة أثناء قيامهم بأعمالهم أو بسببها .

فقد يكون من ضمن هؤلاء القائمين على محطات توليد الطاقة الكهربائية أو المياه أو أية مشروعات تتداول فيها مواد ونفايات خطية أو تنبعث منها ملوثات للهواء تتجاوز الحدود المسموح بها. وقد يكون لهذا أيضاً دوره في السيطرة على الحادث البيئي منذ وقوعه على نحو يسمح بتقليل الآثار الضارة التي يمكن أن تتجم عنه.

وقد ألزم المشرع الفرنسي^(٢) مستغل المنشأة المصنفة التي تتعرض لحادث ما أو حريق بإبلاغ الجهة المختصة برقابة مثل هذه المنشآت وذلك في أقرب فرصة ممكنة، وذلك طبقاً للمادة ٣٨ من المرسوم الصادر في ٢١ سبتمبر ١٩٧٧ .

(١) الدكتور / محمود نجيب حسنى - شرح قانون الإجراءات الجنائية - الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٨ ، رقم ٥٥٤ ، ص ٥١٨ .

(٢) Michel PRIEUR . Droit de l'environnement, 3^e édition , op.cit. (٢) n° 584, p 458

المطلب الثاني

تعاضل دور مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص الخاص

بشأن إجراء التحريات اللازمة لضبط الجرائم الماسة بالبيئة

٩- أمام تضال دور الأفراد فى الإبلاغ عن الجرائم البيئية إما بسبب عدم قدرتهم على إدراك وقوعها أو استهانتهم بخطرهما أو ضررها فإنه يجب على مأمورى الضبط نوى الصفة الخاصة المكلفين بتطبيق أحكام قانون البيئة التحرك وإجراء التحريات اللازمة، وجمع المعلومات اللازمة للكشف عن كل ما يخالف هذا القانون. فهؤلاء هم أقدر من غيرهم - حتى من مأمورى الضبط القضائي ذوي الاختصاص العام- وذلك لما يحتكمون عليه من أجهزة خاصة تساعد فى الكشف عن الجرائم الماسة بالبيئة .

وتوجب المادة ٢١ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى على مأموري الضبط القضائي بصفة عامة القيام بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها.

وقد أكد قانون البيئة المصرى على هذه القاعدة فى أكثر من موضع، إذ تنص المادة ٨٠ منه على أنه " مع عدم الإخلال بأحكام قانون الإجراءات الجنائية يكون لمأموري الضبط القضائي المشار إليهم فى المادة (٧٨) كل فيما يخصه، الصعود إلى ظهر السفن والمنصات البحرية ودخول المنشآت المقامة على شاطئ البحر، وتفقد وسائل نقل الزيت والمواد الملوثة للبيئة البرية للتحقق من التزامها بتطبيق أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له، وتوفير المعدات ووسائل معالجة المخلفات" .

وفى نفس الإطار تنص المادة ١٠٢ من قانون البيئة المصرى على

أنه "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٧٨) من هذا القانون يكون لموظفي جهاز شون البيئة وفروعه بالمحافظات، الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص لشئون البيئة صفة مأموري الضبط القضائي في إثبات الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له".

وهكذا يتجلى دور مأموري الضبط القضائي ذوى الصفة الخاصة بشأن تطبيق أحكام قانون البيئة، وخاصة فيما يتعلق بجمع المعلومات، والذي لن يتأتى إلا من خلال تحركهم وقيامهم بالاختبارات اللازمة للتحقق من مدى التزام الأفراد والمؤسسات بأحكام قانون البيئة والقرارات المنفذة له. ويستلزم عمل مأموري الضبط القضائي هنا الخروج إلى أماكن معينة للتحقق من مدى مطابقتها أو التزامها بالمعايير الخاصة بالمحافظة على البيئة نظيفة وسليمة. فقد يذهب هؤلاء إلى أماكن عامة بطبيعتها لرقابة مدى سلامة التربة أو المياه أو الهواء بها، ولكن الغالب أن يذهب هؤلاء إلى منشآت مقامة - وسواء أكانت خاصة أو عامة - يلزم أن يحترم القائمون عليها ما يتطلبه قانون البيئة ولائحته. وهذا ما نعرض له على النحو التالي :

الفرع الأول : إجراء التحريات في الأماكن العامة بطبيعتها.

الفرع الثاني: إجراء التحريات في أماكن العمل المختلفة.

الفرع الثالث: إجراء التحريات على ظهر السفن.

الفرع الأول

إجراء التحريات في الأماكن العامة بطبيعتها

١٠- المقصود بالأماكن العامة بطبيعتها تلك الأماكن التي يمكن لأي

شخص الدخول فيها أو المرور بها وذلك كالشوارع والمزارع والحدائق

والشواطئ العامة. ومأمورو الضبط القضائي المكلفون بتنفيذ أحكام قانون البيئة ولائحته التنفيذية كثيراً ما يتطلب عملهم أخذ عينات من التربة أو الهواء أو الماء للتحقق من مدى سلامتها وتطابقها مع المعايير البيئية المنصوص عليها، وهذا قد يتطلب منهم الذهاب إلى الصحراء أو المزارع أو الأنهار أو البحار للحصول على تلك العينات في أى وقت.

والأصل إن إجراء التحريات فى مكان عام بطبيعته لا يقصد منه ضبط مرتكب جريمة ماسة بالبيئة بقدر ما يقصد منه التحقق من وقوع تلوث أو جريمة أضرت بهذا المكان، وأخلت بالتالي بتوازنه البيئي مما يتطلب التدخل لاتخاذ ما يلزم بشأن وقف هذا الاختلال .

ويؤكد ما سبق موقف المشرع المصرى بشأن جملة تلوث الهواء الخارجى، إذ تنص المادة ٣٤ من قانون البيئة لديه على أنه "يشترط أن يكون الموقع الذى يقام عليه المشروع مناسباً لنشاط المنشأة بما يضمن عدم تجاوز الحدود المسموح بها لملوثات الهواء وأن تكون جملة التلوث الناتج عن مجموع المنشآت فى منطقة واحدة فى الحدود المصرح بها.."

وقد حددت اللائحة التنفيذية بها القانون بالمادة ٣٤ منها المقصود بتناسب موقع المشروع مع نشاطه حيث أكدت على ضرورة اتفاه مع طبيعة تقسيم المنطقة ووفق خطة استخدام الأرض التى تقرها وزارة المجتمعات العمرانية الجديدة بحيث تكون جملة التلوث الناتج عن مجموع المنشآت فى منطقة واحدة فى الحدود المصرح بها، والتى حددتها اللائحة التنفيذية فى الملحق رقم (٥) منها، والذى يتضمن الحدود القصوى لملوثات الهواء الخارجى.

وبالتالى فإن عمل مأموري الضبط القضائي المختصين فى هذه الحالة لا يستلزم الدخول لمكان يستغله أحد، بل يكفيهم أن يتواجدوا فى

منطقة صناعية ليحصلوا على عينات من الهواء الخارجي بها للتحقق من تركيز الملوثات به، ومدى تجاوزها للحدود المنصوص عليها. وفي كل الأحوال فإنه إذا تأكد مأمورو الضبط القضائي في هذه الحالة من وجود تجاوز للحدود المنصوص عليها، وبالتالي وجود تلوث بالهواء الخارجي فإنه لا يمكن توجيه الاتهام لأحد لأنه أخل بما يجب أن يكون عليه جملة الهواء الخارجي بالمنطقة الصناعية لاسمحالة إثبات ذلك .

ومع ذلك فإن التحقق من وجود تلوث في جملة الهواء الخارجي لمنطقة صناعية أو حتى سكنية يعد مؤشراً لعدم التزام بعض المنشآت بالحدود المسموح بها لملوثات الهواء في الانبعاثات^(١) التي تصدر عنها. إذ يفترض أنه تم تقسيم المنطقة الصناعية وتوزيع المنشآت بها بحيث تكون جملة الانبعاثات المسموح بها والتي تصدر من المنشآت المختلفة لا تتجاوز الحدود القصوى لملوثات الهواء الخارجي .

وكما يجب أن نشير إلى أنه لا يجب أن يفهم من عدم وجود تلوث بجملة الهواء الخارجي في المنطقة الصناعية الواحدة على أن المنشآت المختلفة بهذه المنطقة ملتزمة بالنسبة للانبعاثات التي تصدر عنها، إذ قد تكون هناك منشآت متجاوزة للحدود المسموح بها لملوثات الهواء في الانبعاثات وذلك على حساب بعض المنشآت الأخرى الملتزمة بحدود انبعاثات أقل من تلك المسموح بها، وهذا بسبب ما تعتمد عليه من تكنولوجيا حديثة تؤدي إلى خفض معدل انبعاث ملوثات الهواء الخارجي الصادرة منها.

ويتشابه دور مأموري الضبط القضائي المختصين بتنفيذ قانون

(١) وذلك طبقاً لما هو وارد بالمحور رقم ٦ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المصري.

البيئة ولائحته بشأن فرض رقابتهم على جملة التلوث للهواء الخارجي على النحو المذكور آنفاً مع دورهم فى رقابة المستويات المسموح بها لشدة الصوت (الضوضاء) فى البيئة الخارجية ، إذ تقضى المادة ٢/٤٢ من قانون البيئة المصرى بأنه " وعلى الجهات مانحة الترخيص مراعاة أن يكون مجموع الأصوات المنبعثة من المصادر الثابتة فى منطقة واحدة فى نطاق الحدود المسموح بها.. " وقد بينت المادة ٢/٤٤ من هذه اللائحة تلك الحدود المسموح بها لشدة الصوت ومدة الفترة الزمنية للتعرض له .

ففى هذه الحالة يكون لمأمورى الضبط القضائى المختصين التواجد فى أى مكان بتوسط المنطقة المراد قياس شدة الصوت بها، وذلك دون حاجة للدخول فى مكان يستغله أحد، وبالتالي إذا ثبت تجاوز المستويات المسموح بها لشدة الصوت فى البيئة الخارجية فعليهم التأكد من عدم تجاوز المنشآت والأفراد للحدود المسموح بها لشدة الصوت داخل أماكن العمل والأماكن العامة المغلقة، وقد وردت هذه الحدود فى الملحق رقم ٧ من لائحة قانون البيئة المصرى .

الفرع الثانى

إجراء التعرييات فى أماكن العمل المختلفة

١١- ويتجلى هنا الدور الأهم لمأمورى الضبط القضائى ذوى الاختصاص الخاص فى شأن حماية البيئة، إذ يلزمهم الدخول لأماكن العمل المختلفة للتحقق من مدى احترام التشريعات البيئية المختلفة والقرارات المنفذة لها^(١).

(١) ولقد زاد فى الأونة الأخيرة الاهتمام ببيئة العمل وحاصله فى المنطقة العربية التى أولت هذا الموضوع اهتمامها من خلال منظمة العمل العربية، وصدرت العديد =

إد إلى الإخلال بتلك القواعد القانونية لى يكون له أثره الضار فقط على تلويث البيئة الخارجية، وإنما سيؤثر وبشكل مباشر على صحة العاملين بهذه الأماكن. ولهذا تنص التشريعات البيئية المختلفة صراحة على حق مأموري الضبط القضائي المختصين فى الدخول إلى أماكن العمل وضبط وإثبات كل ما يخالفها .

ولا يعنى حق مأموري الضبط القضائي فى دخول أماكن العمل المختلفة لمراقبة مدى الالتزام بالقوانين واللوائح المماس بحقوق مالكي أو مستغلى هذه الأماكن، فهو يبقى مجرد إجراء إدارى محض يجب أن ينحصر فى نطاق الغرض منه .

وطالما أن مهمة مأمور الضبط القضائي بمقتضى المادة الحادية والعشرين من قانون الإجراءات الجنائية هى الكشف عن الجرائم والتوصل إلى معاقبة مرتكبيها، فإن كل إجراء يقوم به فى هذا السبيل يعتبر صحيحاً منتجاً لأثره مادام لم يتدخل فى خلق الجريمة بطريق الغش أو الخداع أو التحريض على اقترافها، وطالما بقيت إرادة الجاني حرة غير معدومة، ولا تتريب على مأمور الضبط القضائي فى أن يصطنع فى

== من الاتفاقيات والتوصيات العربية فى هذا المجال كالاتفاقية العربية رقم(٧)والتوصية رقم (١) لعام ١٩٧٧ بشأن السلامة والصحة المهنية، والاتفاقية العربية رقم(١٣) والتوصية رقم (٥) لعام ١٩٨١ بشأن بيئة العمل والتي أكدت فيها على ضرورة حماية وتحسين بيئة العمل وجعل محيطه أكثر إنسانية وملاءمة للقدرات البشرية للعاملين، إضافة إلى وضع معايير خاصة للحدود القصوى للعوامل المؤثرة فى بيئة العمل. وقد نشرت مؤخراً معايير وحدود ومؤشرات التعرض المهني وذلك بالتعاون بين مكتب العمل العربي بالقاهرة والمعهد العربي للصحة والسلامة المهنية بدمشق .

نراجع معايير وحدود ومؤشرات التعرض المهني منشورات المعهد العربي للصحة والسلامة المهنية . دمشق ، ١٩٩٩ .

تلك الحدود من الوسائل البارة ما يسلس لمقصوده فى الكشف عن الجريمة ولا يتصادم مع أخلاق الجماعة^(١).

وعلى الرغم من أنه لم ينص المشرع المصرى صراحة فى القانون ٤ لسنة ١٩٩٤ فى شأن البيئة على حق مأمورى الضبط القضائي المختصين فى الدخول إلى أماكن العمل^(٢)، إلا أنه يمنحهم بنص المادة ١٠٢ من هذا القانون الحق فى إثبات الجرائم المخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له، وهذا أمر يقتضى السماح لهم بالدخول فى هذه الأماكن سواء للإطلاع على السجلات أو أخذ العينات اللازمة أو إجراء القياسات أو الاختبارات.

ومع ذلك فقد فصل المشرع المصرى دور مأمورى القضائي الضبط بشأن التفتيش فى مجال السلامة والصحة المهنية عندما قضى بالمادة ١٢٥ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ على أنه "..... على الجهة الإدارية المختصة أن تقوم بما يأتي:

-
- (١) نقض ١٩ أبريل ١٩٩٠ مجموعة أحكام النقض ، س ٤١ ص ٦٤٠ .
(٢) وفيما يتعلق ببيئة العمل فى فرنسا فإنه تتكون لجان داخل المؤسسات يطلق عليها لجان الصحة وأمن وشروط العمل، حيث تشكل لجنة واحدة للمؤسسة التسي لا يزيد عدد العاملين بها عن خمسمائة عامل ، وبالنسبة للمنشآت التي يتجاوز فيها عدد العاملين هذا العدد يمكن أن يشكل بها أكثر من لجنة، وذلك طبقا للقانون رقم ٨٢-١٠٩٧ الصادر فى ٢٣ ديسمبر ١٩٨٢ المعدل بالقانونين رقمي ٨٦-١٣٢٠ الصادر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٨٦ و ٩١-١٤١ الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٩١ .

وتختص هذه اللجان بكل ما يتعلق بحماية صحة وأمن العاملين بما فيهم العمال المؤقتين وكذلك تحسين ظروف العمل . وما قد يتعلق بذلك من حيث البيئة الطبيعية للعمل وما يلزم توافره بشأن درجة الحرارة والإضاءة والتلوثية والضوضاء والأبخرة .

راجع لتفصيل أكثر :

Michel PRIEUR. Droit de l'environnement. op.cit.. n° 767. p. 629.

أولاً: إعداد جهاز متخصص يقوم بالتفتيش على المنشآت الخاضعة لأحكام هذا الباب للتأكد من تنفيذها، وأن يتم التفتيش في فترات دورية، وأن تتوافر في أفراد جهاز التفتيش المؤهلات العلمية والخبرة المناسبة في النواحي الطبية والهندسية والكيميائية، ويكون لهم صفة الضبطية القضائية في مراقبة تنفيذ أحكام السلامة والصحة المهنية في أماكن العمل.

ثانياً: تنظيم برامج تدريبية متخصصة ونوعية لرفع كفاءة ومستوى أداء أفراد جهاز التفتيش المشار إليها في البند السابق وتزويدهم بالخبرات الفنية بما يضمن تطبيق أفضل مستويات الصحة والسلامة المهنية .

ثالثاً: تزويد جهاز التفتيش المشار إليه بأجهزة ومعدات القياس وكافة الإمكانيات اللازمة لأداء العمل " .

وعلى الرغم من اهتمام قانون العمل المصري بتنظيم ما يكفل سلامة العاملين في أماكن العمل، فإن قانون البيئة المصري أكد من جانبه على حماية البيئة الداخلية للعمل، إذ تلزم المادة ٤٣ من هذا القانون صاحب المنشأة باتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة لعدم تسرب أو انبعاث ملوثات الهواء داخل مكان العمل إلا في الحدود المسموح بها^(١) سواء كانت ناتجة عن طبيعة ممارسة المنشأة لنشاطها أو عن خلل في الأجهزة .

كما ألزمته نفس المادة المذكورة بتوفير سبل الحماية اللازمة

(١) وقد نصت المادة ٤٥ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المصري هذه الحدود وذلك
تتملح رقم (٨) من هذه اللائحة .

للعاملين تنفيذاً لشروط السلامة والصحة المهنية بما فى ذلك اختيار الآلات والمعدات والمواد وأنواع الوقود المناسبة، على أن يؤخذ فى الاعتبار مدة التعرض لهذه الملوثات، وعليه كذلك أن يكفل ضمان التهوية الكافية وتركيب المداخل وغيرها من وسائل تنقية الهواء .

وهكذا حاز موضوع السلامة والصحة المهنية للعاملين اهتمام كل من قانون العمل والذي تخصص بتطبيقه وزارة القوى العاملة والتشغيل وقانون البيئة والذي تشرف على تطبيقه وزارة البيئة . ولقد تنبه واضعوا اللائحة التنفيذية لقانون البيئة لهذا الأمر ففوضوا بالمادة ٤٥ من هذه اللائحة بإلزام صاحب المنشأة باتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة التى تضعها وزارة القوى العاملة والتشغيل بما يضمن عدم تسرب أو انبعاث ملوثات الهواء داخل مكان العمل تزيد عن الحدود المسموح بها .

وهكذا يخضع صاحب العمل لتطبيق متطلبات مختلفة، إحداها تضعها له وزارة القوى العاملة والتشغيل، والأخرى تضعها له وزارة البيئة. وقد يؤدي هذا إلى تداخل اختصاصات كل من الجهتين ، وطالما أن الأمر فى النهاية يتعلق بحماية بيئة العمل الداخلية فإنه يجدر أن تضم الإدارة المختصة بالسلامة والصحة المهنية التابعة لوزارة القوى العاملة والتشغيل إلى جهاز شئون البيئة باعتباره المختص حالياً برقابة بيئة العمل الخارجية وذلك كالتحقق من توافر معايير جودة الهواء الخارجى فى المناطق الصناعية ، إذ تلزم المادة ٣٥ من قانون البيئة المنشآت الخاضعة لأحكام هذا القانون فى ممارستها لأنشطتها بعدم انبعاث تسرب ملوثات للهواء بما يجاوز الحدود القصوى المسموح بها، كما يعد جهاز شئون البيئة المسئول عن رسم السياسة العامة وإعداد الخطط اللازمة للحفاظ على البيئة وتنميتها ومتابعة تنفيذها بالتنسيق مع الجهات الإدارية

المختصة (المادة ٥ من قانون البيئة) . ويكون لجهاز التفقيش على السلامة والصحة المهنية طبقاً للمادة ١٢٦ من قانون العمل المصري الحق فيما يلي :

١- إجراء الكشف الطبي على العاملين بالمنشآت وكذلك البحوث الطبية والمعملية وغيرها للتأكد من ملائمة ظروف العمل ومدى تأثيرها على المستوى الصحى والوقائي للعمل.

٢- أخذ عينة أو عينات من المواد المستعملة أو المتداولة فى العمليات الصناعية وغيرها مما يظن أن لها تأثيراً ضاراً على صحة العاملين وسلامتهم، وذلك بغرض تحليلها لمعرفة مدى هذا الأثر مع إخطار المنشأة بذلك.

وقد حدد المشرع الفرنسي سلطات الموظفين والأعضاء المختصين بتطبيق أحكام القانون رقم ٩٦-١٢٣٩ الصادر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٩٦ بشأن الهواء واستخدام الطاقة ، فقد سمح لهم بدخول الأماكن المختلفة فيما عدا المنازل، وذلك ما بين الساعة الثامنة صباحاً وحتى الساعة الثامنة ليلاً أو فى كل وقت تسمح فيه هذه الأماكن بدخول الجمهور أو عند عدم الانتهاء من إجراء رقابي بدأ فى الميعاد المحدد واستلزم استمراره بعد هذا الميعاد. كما لهم الاطلاع على كافة المستندات والحصول على صورة منها ^(١).

وتواجه مأمورى الضبط المختصين بتطبيق التشريعات البيئية بصفة

(١) راجع بشأن ذلك :

Bernard BOULOC, Chronique législative, constatation des infractions en matière de pollution de l'air . Rev. Sc. Crim. 1997. n° 3 . p. 671.

عامة مشكلتان رئيسيتان بشأن إجراء التحريات في أماكن العمل ، أحدهما تتعلق بالخطوات المناسبة لأخذ العينات، والأخرى تتعلق بأجهزة ومعدات القياس المختلفة، وذلك على النحو الذى نعرض له فيما يلي :

أولاً: الخطوات المناسبة لأخذ العينات اللازمة

١٢- يعتمد غالباً عمل مأمورى الضبط القضائي بشأن التحقق من مدى التزام المنشآت المختلفة بالتشريعات البيئية والقرارات المنفذة لها على الحصول على عينات سواء من المسود المتداولة أو المتخلفة، وسواء أكانت في حالتها الغازية أو الصلبة أو السائلة. ومن ذلك ما تنص به المادة ٧١ من قانون البيئة المصري من إلزام الجهات الإدارية المختصة (وهي معامل وزارة الصحة كما حددتها المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون) إجراء تحليل دوري لعينات المخلفات السائلة المعالجة والمتخلفة عن المنشآت الصناعية التى يصرح لها بتصريف مواد ملوثة قابلة للتحليل وذلك بعد معالجتها إلى البيئة المائية والشواطئ المتاخمة، وذلك بقصد التحقق من مدى مطابقة هذه المخلفات للمواصفات والمعايير المنصوص عليها فى الملحق رقم (١) من هذه اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ومن التشريعات البيئية^(١) التى يلزم أيضاً لتطبيق أحكامها أخذ عينة للتحقق من مطابقتها للمواصفات وللمعايير القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ فى شأن حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث^(٢)، إذ تخص المادة

(١) راجع أيضاً بشأن أخذ العينات بقصد التحليل فى نطاق التشريعات البيئية الدكتور/ فتوح الشاذلي ، الحماية الإجرائية من الغش التجارى فى النظام السعودى، دراسة مقارنة للجوانب الإجرائية فى نظام مكافحة الغش التجارى، الرياض، ١٩٩٢، ص ٩٢ وما بعدها.

(٢) الجريدة الرسمية فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٨٢ العدد ٢٥ مكرراً .

الثالثة منه أجهزة وزارة الصحة بإجراء تحليل دوري لعينات من المخلفات السائلة المعالجة المنصرفة من المنشآت التى رخص لها بالصرف فى مجاري المياه، وذلك فى المواعيد التى تحددها بالإضافة إلى ما تطلبه وزارة الرى من تحليل فى غير المواعيد الدورية.

وتكون أجهزة وزارة الصحة مسئولة عن أخذ العينات وتحليلها على نفقة المرخص له، والذي يجب أن يودع مبلغا لدى الوزارة يتم تحديده طبقا لنوعية المخلفات على نمة تكاليف أخذ العينة ونقلها وتحليلها (مادة ٢/٣).

وإذا تبين من نتيجة تحليل العينات أنها تخالف المواصفات والمعايير المحددة وفقا لأحكام قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث وبصورة تمثل خطرا فوريا على تلوث مجاري المياه، فيخطر صاحب الشأن بإزالة مسببات الضرر فورا، وإقامت وزارة الرى بذلك على نفقته أو قامت بسحب الترخيص الممنوح له ووقف الصرف على مجاري المياه بالطريق الإداري (مادة ٣٠/٣ فقرة أخيرة).

ويبدو من المثالين السابقين أن أخذ العينة إجراء يجب أن يحاط ببعض الضمانات التى تكفل الحصول على العينة، والاحتفاظ بها بشكل صحيح حتى يتم تحليلها ومعرفة نتائجها. إذ إن أى خطأ يقع فى هذه المرحلة قد يؤدي إلى نتائج خاطئة تخالف المواصفات والمعايير المحددة، وبالتالي ينتهى الأمر بتقرير مسئولية صاحب المنشأة وتعرضه لجزاءات جنائية أو إدارية .

ولهذا يلزم أن تتم عملية أخذ العينة وتحليلها ومعرفة النتائج باتباع إجراءات معينة يمكن تحديدها بواسطة القرارات المنفذة للقوانين التى تقضى بها. ويمكن القول بأن هذه الإجراءات يمكن حصرها فى ثلاثة

عناصر يلزم مراعاتها لضمان صحة أخذ العينة ونتائجها. وتتمثل هذه العناصر الثلاثة فى مراعاة كل من وقت أخذ العينة ومكان الحصول عليها، وحجمها، والجهة المختصة بتحليلها وذلك بالتفصيل التالي :

١- وقت أخذ العينة

١٣- يمثل وقت أخذ العينة أحد العناصر الهامة التى تعتمد عليها دقة نتائج اختبارها، إذ كثيرا ما تختلف درجة التركيز فى العينة بحسب الوقت الذى تأخذ فيه ، فقد يتم أخذ العينة عند أقصى مرحلة لتشغيل المنشأة، أو فى وقت تختلف فيه درجة الرطوبة أو الحرارة أو التهوية بها.

ويتم التفتيش أصلا على المنشآت الصناعية فى أوقات العمل الرسمية التى تباشر فيها تلك المنشآت نشاطها عادة، بحيث يمكن التحقق من مدى التزامها وقت ممارسة نشاطها بالقوانين البيئية واللوائح المنفذة لها.

ومع ذلك فقد نعن الحاجة لإجراء التفتيش أو أخذ العينات ليلا أو فى غير أوقات العمل الرسمية، وهنا يلزم تنظيم هذا الأمر حتى لا يتم إساءة استعماله من قبل مأمورى الضبط. وهذا بالفعل ما أكد عليه المشرع المصرى فى القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ بشأن العمل، إذ تمنح المادة ١٦١ منه العاملين الذين لهم صفة الضبطية القضائية حق الدخول إلى جميع أماكن العمل، والقيام فيها بأى تفتيش كان وفحص الدفاتر والأوراق التى لها علاقة بالعمال، وطلب البيانات اللازمة من أصحاب الأعمال أو من ينوب عنهم.

وقد سمحت الفقرة الثانية من هذه المادة لوزارة القوى العاملة بأن يصدر قرارا ينظم به الوسائل التى تكفل حسن سير تفتيش العمل ليلا وفى

وقد أكد المشرع المصرى -فى بعض المواضع- على ضرورة تحديد وقت أخذ العينة أو وقت إجراء الاختبار للتحقق من مدى مطابقة النتائج للمواصفات والمعايير المسموح بها. ومن ذلك ما تقضى به المادة ٢٢ من قانون البيئة من إلزام صاحب المنشأة بالاحتفاظ بسجل لبيان تأثير نشاط المنشأة على البيئة يسجل فيه الانبعاثات الصادرة عنها أو التى تصرف منها ومواصفاتها ومعدلاتها، إذ يلزم تحديد تاريخ ووقت ومكان كل عينة، وذلك عند إجراء الاختبارات على كل نوع من الانبعاثات الصادرة عن المنشأة (غازية أو سائلة أو صلبة أو أخرى) وذلك على النحو الذى فصلته المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون وما ورد فى الملحق رقم ٢٣ منها.

كما أن لوقت إجراء الاختبار أهمية خاصة عند مراقبة الآلات أو المحركات أو المركبات التى ينتج عنها عدم التحقق من عدم تجاوز مكوناته للحدود المسموح بها الواردة فى المادة ٣٧ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة، إذ تحدد هذه المادة اشتراطات خاصة لإجراء الاختبار يلزم مراعاتها فى وقت معين، ومن ذلك حساب معدل انبعاث لبعض مكونات العادم عند السرعة الخاملة ومكونات أخرى تحسب عند أقصى تعجيل .

٢-مكان أخذ العينة

١٤- يجب بقدر الإمكان أن تؤخذ العينة من المكان المناسب الذى يضمن أن تعبر من خلاله هذه العينة بشكل مصغر عن المجموع الإجمالي للمصدر الذى تؤخذ منه بحيث تعبر نتائج الاختبار الذى يجري عليها عن الحالة الكلية لهذا المصدر للتحقق فى النهاية من مدى التزام المنشأة بالمواصفات والمعايير التى يلزم توافرها طبقاً للتشريعات البيئية .

وقد أهتم القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن صرف المتخلفات السائلة^(١) بتحديد المكان الذى يجب أن تؤخذ منه العينة، إذ تتطلب المادة ٥٨ منه أن تكون العينة ممثلة لطبيعة المخلفات السائلة قدر الإمكان ومن مكان مناسب فى نهاية عملية التنقية أو بمكان الاتصال النهائى لمخلفات المنشأة أو عملية التنقية وفى المكان الذى تصرف عليه إلى المجارى المائية. وإذا كان هناك أكثر من مخرج لمخلفات المنشأة الواحدة فيجب أخذ عينة منفصلة من هذه المخارج كل على حده . ويراعى عند أخذ العينة وضع فوهة الوعاء بعكس اتجاه تيار الماء، ولا تؤخذ العينة من السطح ولا من القاع.

وقد سبق وأن أشرنا إلى التزام صاحب المنشأة طبقاً للمادة ٢٢ من قانون البيئة المصري والمادة ١٧ من لائحته التنفيذية بالاحتفاظ بسجل لبيان تأثير نشاط المنشأة على البيئة ، إذ يلزم بتحديد تاريخ ووقت ومكان العينة.

٣- حجم العينة :

١٥- مما لا شك فيه أن لحجم العينة أثره أيضاً على دقة نتائج الاختبارات التى تجرى عليها فى حالات كثيرة، وخاصة بالنظر لاختلاف أجهزة ومعدات القياس، إذ يلزم استخدام الحجم اللازم والمناسب لطريقة القياس .

وقد قدر المشرع بالقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن صرف المتخلفات السائلة حجم العينة حيث تقضى المادة ٥٧ منه على ضرورة ألا يقل حجم العينة عن لترين، وتؤخذ العينات فى زجاجات ذات غطاء

(١) الجريدة الرسمية ، ٢١ مايو سنة ١٩٦٢ العدد : ١١

زجاجي مصنف محكم الغلق، كما يجب التنظيف داخل الوعاء والغطاء
تنظيفا جيدا قبل استعماله، وفي حالة أخذ عينات من مخلفات سائلة
عولجت بالكور تستعمل أوعية معقمة .

٤-الجهة المختصة بتحليل العينة

١٦- سبق الإشارة إلى أن الجهة المختصة بتحليل عينات المخلفات
السائلة المعالجة التي يصرح بصرفها للمنشآت الصناعية سواء في مياه
البحر أو المجاري المائية هي معامل وزارة الصحة.

أما بالنسبة للوضع في فرنسا^(١) فإنه يتم تحديد معامل معينة، وكذلك
جهات رقابية أخرى من قبل وزير البيئة بعد موافقة المجلس الأعلى
للمنشآت المصنفة لكي تقوم هذه الجهات بإجراء الاختبارات اللازمة أو
عمليات المراقبة المطلوبة، على أن يتحمل تكلفة ذلك صاحب المنشأة
المصنفة وذلك طبقا للمادة ٤٠ من المرسوم الصادر في ٢٠ سبتمبر
١٩٩٧.

ثانيا: أجهزة ومعدات القياس المختلفة

١٧- لأجهزة ومعدات القياس في مجال البيئة أهمية خاصة
باعتبارها إحدى الوسائل الفعالة في إثبات جرائم تلويث البيئة. فأغلب تلك
الجرائم قد يصعب الكشف عنها بمجرد استعمال مأمور الضبط المختص
لحواسه المجردة، ولكن يلزمه استخدام أدوات وأجهزة أو معدات خاصة
للقيام بهذا الأمر، فقد يكون الحد الفاصل بين التحقق من وقوع جريمة
ماسة بالبيئة وبين عدم وقوعها يعتمد على فروق ضئيلة وقياسات دقيقة لا

(١) Michel PRIEUR, Droit de l'environnement, op cit, n° 584, p.458.

يمكن كشفها إلا بواسطة هذه الأجهزة والمعدات. من أجل ذلك كان لابد من الاهتمام بدور هذه الأجهزة والمعدات في إثبات جرائم تلويث البيئة.

لكن المشكلة المثارة في هذا الشأن تتمثل في تحديد الجهة الملزمة بتوفير تلك الأجهزة أو المعدات ، هل هي الجهات المختصة بالدولة، أم الأفراد. ومرد هذا التساؤل واقع يفرضه غموض بعض نصوص قانون البيئة والتكلفة المرتفعة لوسائل القياس بصفة عامة. ويمكن أن نعالج هذا الموضوع من خلال صورتين على النحو التالي:

١٨- الصورة الأولى: تتعلق بأجهزة ومعدات القياس التى تعنى برقابة مدى تلوث البيئة الذى يكون له أثره على عموم الأفراد فى الدولة ككل أو فى منطقة محددة منها. وهذا النوع من التلوث لا يشترط أن يكون ناتجاً عن خطأ إنساني إنما قد يكون ناجماً عن قوى الطبيعة نفسها، وذلك كما فى حالة الغازات الملوثة للبيئة التى يمكن أن تتبع عقب البراكين أو الزلازل . فتهتم هذه الأجهزة والمعدات بقياس ورصد التلوث فى البيئة الخارجية ، فمنها ما يستعمل للتحقق من توافر معايير جودة الهواء الخارجى أو الماء أو التربة، والتى يتأثر باختلالها كل أفراد المجتمع ، ولهذا تلتزم الدولة بتوفير كل ما يلزم من وسائل مختلفة لرصد وقياس مكونات البيئة الخارجية لرقابة ما قد يلحق بها من تلوث ومن أجل ذلك تلتزم الدولة بتوفير شبكات الرصد البيئي المناسبة والتى يعنى بها طبقاً للمادة الأولى (٣٥) من قانون البيئة المصرى بالجهات التى تقوم فى مجال اختصاصها بما تضم من محطات ووحدات عمل برصد مكونات وملوثات البيئة، وإتاحة البيانات للجهات المعنية بصفة دورية.

كما تتطلب المادة ٢٤ من قانون البيئة المصرى تكوين شبكات الرصد البيئي طبقاً لأحكام هذا القانون بما تضمنه من محطات ووحدات

عمل ، وتقوم فى مجال اختصاصها برصد مكونات وملوثات البيئة دورياً وإتاحة البيانات للجهات المعنية ، ولها فى سبيل ذلك الاستعانة بمراكز البحوث والهيئات والجهات المختصة، وعلى هذه المراكز والهيئات والجهات تزويدها بما تطلبه من دراسات وبيانات. ويشرف جهاز شئون البيئة على إنشاء وتشغيل شبكات الرصد البيئي.

هذه الجهات عليها مثلاً رقابة مدى جودة الهواء الخارجى فى شتى أنحاء الدولة وخاصة فى المناطق الصناعية التى تمثل مصدراً خطيراً لتلوث البيئة، وعلى سبيل المثال فإن المادة ٣٤ من قانون البيئة المصرى والتى تتطلب أن تكون جملة التلوث فى الهواء الخارجى الناتج عن مجموع المنشآت فى منطقة واحدة فى الحدود المصرح بها لا يمكن التحقق من مراعاة أحكامها إلا من قبل إحدى جهات الدولة المختصة، والتى يكون لها فى حالة التحقق من تجاوز تلك الحدود المصرح بها أن تبدأ فى فرض رقابتها على كل المنشآت فى المنطقة للتحقق من مدى التزام كل منشأة على حده بالحدود المسموح بها بالانبعاثات التى تصدر عنها طبقاً للمادة ٤٣ من قانون البيئة المصرى على النحو الذى سبق ذكره^(١). وبنفس المنطق السابق تلتزم الدولة بأجهزتها المختلفة بتطبيق المادة ٤٧ من قانون البيئة المصرى التى لا تسمح بزيادة مستوى النشاط الإشعاعى أو تركيزات المواد المشعة بالهواء عن الحدود المسموح بها.

ويمكن القول بصفة عامة فى هذا المجال بأن الدولة عليها أن تسخر كافة الوسائل من أجل الحفاظ على البيئة معتمدة فى ذلك على ملكيتها العامة^(٢) للعديد من المصادر الطبيعية وغير الطبيعية، والتى يمكن أن يكون

(١) راجع ما سبق نذ .

(٢) راجع فى هذا الموضوع بصفة عامة: =

لها دورها فى الحفاظ على التوازن البيئى داخل الدولة .

١٩- الصورة الثاقية: تتعلق بأجهزة ومعدات القياس اللازمة لبيان تأثير نشاط منشأة ما على البيئة، فهل تلتزم المنشآت كافة بتوفير هذه الوسائل لبيان تأثير الانبعاثات التى تصدر أو تصرف منها على البيئة؟ إن الإجابة على هذا التساؤل قد نجدها -بصورة غير مباشرة- فى نص المادة ٢٢ من قانون البيئة المصرى التى تلزم صاحب المنشأة بالاحتفاظ بسجل لبيان تأثير نشاط المنشأة على البيئة، ولقد تكفلت المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون بتحديد البيانات التى يلتزم صاحب المنشأة بتدوينها فى هذا السجل^(١) ويتمثل فيما يلى :

-الانبعاثات الصادرة عنها أو التى تصرف منها .

-مواصفات المخرجات بعد عملية المعالجة وكفاءة وحدات المعالجة المستخدمة .

-إجراءات المتابعة والأمان البيئى المطبقة فى المنشأة.

-الاختبارات والقياسات الدورية ونتائجها.

-المسئول المكلف بالمتابعة .

وتلزم المادة سالفة الذكر صاحب المنشأة أو مندوبه بأن يخطر بصورة فورية جهاز شئون البيئة بخطاب مسجل يعلم الوصول بأى حيود فى معايير ومواصفات الملوثات المنبعثة أو المنصرفة والإجراءات التى

=Véronique INSERGUET-BRISSET. Propriété publique et environnement. L.G.D.J.. Paris. 1994.

(١) ولقد ورد فى الملحق رقم (٣) من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المصرى نموذج لسجل تأثير نشاط المنشأة على البيئة (سجل الحالة البيئية) .

وطبقا لنص المادتين (٢٢) من قانون البيئة (١٧) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون يلتزم صاحب المنشأة بتوفير أجهزة ومعدات القياس المختلفة التي تساعده في بيان تأثير نشاط منشأته على البيئة من خلال البيانات التي يلتزم بتدوينها في السجل الذي يجب عليه الاحتفاظ به، وخاصة تلك البيانات المتعلقة بالانبعاثات الصادرة عنها أو التي تصرف منها ومواصفاتها والاختبارات والقياسات الدورية ونتائجها. إذ إن مثل تلك البيانات لن تتأتى إلا من خلال أجهزة ومعدات قياس متوفرة لديه . وهذا ما تؤكدُه الفقرة الأخيرة من المادة (١٧) من اللائحة التنفيذية سالفه الذكر والتي تلزم صاحب المنشأة بإخطار جهاز شئون البيئة فوراً بأي اختلال في معايير ومواصفات الملوثات المنبعثة أو المنصرفة، إذ إن هذا الأمر لن يتأتى إلا من خلال توفيره لوسائل القياس المناسبة .

ومع ذلك فيلزم في جميع الأحوال توفير المعدات وأجهزة القياس المناسبة والمتوافقة مع أحدث ما توصلت إليه التكنولوجيا من أجل الحصول على نتائج دقيقة يمكن الحصول عليها في أى وقت وفي كل مكان بحيث تتمكن المنشأة في كل الأحوال من معرفة مستوى التلوث الذي تسببه وعلاجه أو تصحيحه إن أمكن أو إبلاغ الجهات المختصة إذا اقتضى الأمر ذلك. وتوفير المنشأة لأجهزة القياس والمعدات الخاصة بها يسمح لها بممارسة الرقابة الذاتية *autosurveillance* على ملوثاتها وأثرها على البيئة، ولكن يلزم من ناحية أخرى أن تتدخل الدولة بدورها لوضع هذه الأجهزة والمعدات في أماكنها المناسبة^(١).

Michel PRIEUR. Droit de l'environnement . op. cit.. p.806 (١)

الفرع الثالث

إجراء التحريات على ظهر السفن

٢٠- أفرد المشرع المصرى فصلاً كاملاً فى قانون البيئة بشأن التلوث من السفن، إذ قد يصدر التلوث من السفن سواء من حمولاتها أو مخلفاتها ويسبب ضرراً بالغاً بالبيئة المائية مما يكون له أثره فى تهديد مواردها الطبيعية الحية وغير الحية، وبالتالي تهديد حياة الإنسان الذى تمثل له هذه الموارد مصدراً هاماً لغذائه. ولقد انصب اهتمام المشرعين على حماية البيئة بالنسبة للتلوث بالزيت أو المواد الضارة أو بمخلفات الصرف الصحي أو للقمامة.

وتلتزم السفن طبقاً لقانون البيئة المصرى ببعض الالتزامات التى يقصد بها حماية البيئة المائية من التلوث أو التقليل من حجم هذا التلوث ويترتب على عدم تنفيذ هذه الالتزامات جزاءات جنائية وإدارية، وبالتالي كان لمأموري الضبط القضائى المختصين مراقبة هذه السفن، والصعود على ظهرها إن استلزم الأمر للتحقق من مدى احترامها للقوانين واللوائح.

وعلى سبيل المثال فإن المادة ٥٨ من قانون البيئة المصرى تلزم كل مالك أو ربان سفينة بجمهورية مصر العربية وكذلك سفن الدول التى انضمت للاتفاقية الدولية لمنع التلوث البحرى من السفن لعام ١٩٧٨/٧٣ أن يحتفظ بسجل للزيت بالسفينة يدون فيها المسئول عنها جميع العمليات المتعلقة بالزيت على الوجه المبين بالاتفاقية وعلى الأخص العمليات الآتية:

أ- القيام بعمليات التحميل أو التسليم أو غيرها من عمليات نقل الحمولة الزيتية مع بيان نوع الزيت.

ب- تصريف الزيت أو المزيج الزيتي من أجل ضمان سلامة السفينة أو

حمولتها أو إنقاذ الأرواح مع بيان نوع الزيت.

ج-تسرب الزيت أو المزيج الزيتي نتيجة اصطدام أو حادث مع بيان نسبة الزيت وحجم التسرب .

د-تصريف مياه الاتزان غير النظيفة أو غسيل الخزانات .

هـ-التخلص من النفايات الملوثة.

و-إلقاء مياه السنتينة المحتوية على الزيوت التي تجمعت في حيز الآلات خارج السفينة وذلك أثناء تواجدها بالميناء .

وهكذا يكون لممثلي الجهة الإدارية المختصة (والذين سبق منحهم صفة الضبطية القضائية طبقاً للمادة ٧٨ من قانون البيئة) الصعود على ظهر السفينة للتحقق من إمساك مالك السفينة أو ربانها لهذا السجل والمطالبة بالإطلاع على البيانات الواردة فيه، والتأكد من صحتها. ويكون لهؤلاء أو غيرهم من مأموري الضبط القضائي طبقاً للمادة ٦٣ من قانون البيئة المصري أن يأمرؤا ربان السفينة أو المسئول عنها باتخاذ الإجراءات اللازمة للتقليل من آثار التلوث، وذلك في حالة وقوع حادث لإحدى السفن التي تحمل مواد ضارة يخشى منه تلويث البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالية لجمهورية مصر العربية على أية صورة.

وعلى الرغم من أن دور مأموري الضبط القضائي المشار إليهم سابقاً في إثبات كافة الجرائم التي تقع من السفن، وتسبب تلوث البيئة المائية مما يقتضى السماح لهم بالصعود على ظهر السفينة للتحقق من مراعاتها لقانون البيئة ولائحته التنفيذية إلا أن المشرع المصري تأكيداً على هذا الإجراء قضى بالمادة ٨٠ من قانون البيئة بأنه مع عدم الإخلال بأحكام قانون الإجراءات الجنائية يكون لمأموري الضبط القضائي المشار

إليهم في المادة (٧٨) كل فيما يخصه الصعود إلى ظهر السفن والمنصات البحرية، ودخول المنشآت المقامة على شاطئ البحر، وتفقّد وسائل نقل الزيت والمواد الملوثة للبيئة البحرية، للتحقق من التزامها بتطبيق أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له وتوفير معدات ووسائل معالجة المخالفة .

المطلب الثالث

تحرير المحاضر الخاصة بضبط الجرائم الماسة بالبيئة

٢١- الأصل طبقاً للمادة ٢/٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصري أنه " يجب أن تثبت جميع الإجراءات التي يقوم بها مأمورو الضبط القضائي في محاضر موقع عليها منهم، يبين بها وقت اتخاذ الإجراء ومكان حصوله . ويجب أن تشمل تلك المحاضر زيادة على ما تقدّم توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا، وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة " .

إذ إن إثبات الإجراء الذي يقوم به مأمور الضبط القضائي كتابة أمر هام في سبيل تأكيد أو نفى مشروعية هذا الإجراء وما جاء به، وبالتالي التقرير بناء عليه باتخاذ ما يلزم من إجراءات قانونية قبل المخالف الذي يكون له من جانبه تنفيذ كل ما جاء مخالفاً لمصلحه .

ولم يرد في قانون البيئة المصري نص يتكلم عن واجب مأموري الضبط القضائي المختصين بتنفيذ أحكام هذا القانون ولاحته التنفيذة بترحر محاضر لأعمال الاستدلال التي يقومون بها، ذلك على عكس قانون البيئة الكويتي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٥ الذي أكدت المادة (١١) منه على واجب مأموري الضبط القضائي المختصين بتنفيذ أحكام

هذا القانون والقرارات المنفذة له فى تحرير المحاضر اللازمة.

ولهذا يثور التساؤل فى نطاق قانون البيئة المصرى عن واجب مأمورى الضبط القضائى المختصين بتنفيذ أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية بشأن تحرير محاضر ضبط للجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون، حيث ورد نصان فى هذا القانون يجعلان الأمر محيراً إلى حد ما، وهما المادتان ٢٢ و ٧٥ وذلك بالتفصيل الذى نعرض له فيما يلى:

٢٢- فيما يتعلق بالمادة ٢٢ التى تلزم صاحب المنشأة بالاحتفاظ بسجل لبيان تأثير المنشأة بدون فيه بعض البيانات الخاصة على النحو الذى عرضنا له آنفاً^(١)، فإن هذه المادة اختصت جهاز شئون البيئة بمتابعة بيانات هذا السجل للتأكد من مطابقتها للواقع، فضلاً عن أخذ العينات اللازمة وإجراء الاختبارات المناسبة لبيان تأثير نشاط المنشأة على البيئة، وتحديد مدى التزامها بالمعايير الموضوعية لحماية البيئة.

ووجه الحيرة فى هذا الأمر يتمثل فى أنه إذا تبين وجود أية مخالفات يقوم الجهاز بإخطار الجهة الإدارية المختصة لتكليف صاحب المنشأة بتصحيح هذه المخالفات على وجه السرعة، فإذا لم يتم ذلك خلال ستين يوماً يكون للجهاز بالاتفاق مع الجهة الإدارية المختصة اتخاذ الإجراءات القانونية والقضائية اللازمة لوقف النشاط المخالف والمطالبة بالتعويضات المناسبة لمعالجة الأضرار الناشئة عن هذه المخالفات، وهذا يعنى أن موظفى جهاز شئون البيئة الذين سبق منحهم صفة الضبطية القضائية والمكلفين طبقاً للمادة ١٠٢ من قانون البيئة بإثبات الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له لن يكون لهم الحق

(١) راجع مسبقاً بـ ١٩ .

فى تحرير محاضر ضبط للجرائم المرتكبة، بل سيقصر دورهم على إخطار جهاز شئون البيئة بهذه الجرائم ليقوم من جانبه بإخطار الجهة المختصة لتكليف صاحب الشأن بتصحيح المخالفات.

وهذا ما تؤكدته المادة ١٠٤ من نفس القانون المذكور والتي توجب على مفتشى الجهات الإدارية المختصة وكذلك مفتشى جهاز شئون البيئة ممن لهم صفة الضبطية القضائية فيما يتعلق بمجالات البيئة كل فى مجال اختصاصه إخطار جهاتهم بأية مخالفة لأحكام هذا القانون، وتتولى الجهات المختصة اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة. وبالتالي فإن كلاً من نص المادة ٢٢ و ١٠٤ المذكورتين أنفاً يؤكد على ضرورة إخطار مأمورى الضبط القضائي المكلفين بتنفيذ أحكام قانون البيئة ولائحته التنفيذية لجهاز شئون البيئة على نحو يتضح منه انعدام دورهم فى تحرير محاضر الضبط وإرسالها إلى جهات التحقيق .

وقد يبدو هذا الأمر غير مبرر لأنه يؤدي إلى تعطيل تطبيق نصوص عدة فى قانون البيئة ، إذ إنه يدون فى سجل المنشأة الانتبعاثات الصادرة عنها أو التى تصرف منها، وبالتالي إذا اتضح وجود مخالفات تتمثل فى تجاوز هذه الانتبعاثات للحدود المدونة فى السجل وبالتالي تجاوزها للحدود المسموح بها، هنا يمنح صاحب المنشأة مهلة زمنية لتصحيح هذه التجاوزات على الرغم من أن الجريمة تحققت بالفعل باعتبار هذا النوع من الجرائم يعتبر جرائم مادية تتحقق بمجرد تحقق ركنها المادي، فضلاً عن خطورة جرائم تلويث البيئة على نحو يلزم اتخاذ إجراءات أشد صرامة قبل المخالف . وإن كان يبدو أن المشرع المصرى أراد بهذا النص تشجيع المنشآت والأفراد على الالتزام بقانون

البيئة بمنحهم فرصة لتصحيح تجاوزاتهم كما سيبتين لنا لاحقاً^(١).

٢٣- فيما يتعلق بالمادة ٧٥ من قانون البيئة المصري التي تسمح لممثلي الجهات الإدارية المختصة كل فيما يخصه بالتنسيق مع جهاز شئون البيئة دخول منطقة الحظر المذكورة بالمادتين رقمي (٧٣) و(٧٤) من هذا القانون للإطلاع على ما يجري بها من أعمال، فإذا تبين لهم أن أعمالاً أجريت أو شرع في إجرائها مخالفة لأحكام المادتين المذكورتين يكلف المخالف برد الشيء لأصله وإلا تم وقف العمل إدارياً ورد الشيء لأصله على نفقة المتسبب والمستفيد متضامين وتحصل القيمة بطريق الحجز الإداري . إذ إنه يحظر طبقاً للمادتين ٧٣ و ٧٤ من قانون البيئة إقامة أية منشآت على الشواطئ البحرية للجمهورية أو إجراء أى عمل يكون من شأنه المساس بخط المسار الطبيعي للشاطئ أو تعديله دخلاً في مياه البحر أو انحصاراً عنه إلا بتوافر شروط معينة أهمها الحصول على موافقة الجهة الإدارية المختصة بالتنسيق مع جهات شئون البيئة. وبالتالي فإن مخالفة هذه الشروط تعطي لمأموري الضبط المختصين الحق في تكليف المخالف برد الشيء إلى أصله.

ومع ذلك فإن تكليف المخالف برد الشيء إلى أصله لا يمنع مأموري الضبط القضائي المختصين من تحرير محضر يثبت فيه عدم التزام الجاني بالشروط المقررة طبقاً للمادتين (٧٣) و(٧٤) المذكورتين آنفاً، إذ إن المادة (٩٨) من قانون البيئة تعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تتجاوز ٢٠ ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المادتين (٧٣) و(٧٤) من هذا القانون.

(١) انظر ما يلي بند ٢ وما بعده.

ويفضل إعداد نماذج مطبوعة لمحاضر ضبط جرائم تلويث البيئة تساعد مأموري الضبط القضائي المختص على عدم إغفال البيانات الجوهرية الواجب إثباتها سواء تعلق الأمر بقياسات أو اختبارات أو نتائج معينة، وتحديد من تتم في مواجهته هذه الإجراءات، وكذلك ما يلزم سماعه من شهود، والحصول على التوقيعات اللازمة .

ويرى البعض في فرنسا أن النيابة كثيراً ما تلجأ إلى حفظ الدعاوي الجنائية في مجال البيئة ، حيث يبدو عدم الإخلال بالنظام العام غير كاف لإقامة الدعوى. ولهذا يفضل هذا الرأي استبعاد السلطة التقديرية للنيابة بشأن متابعة الجرائم في هذا المجال^(١).

مدى حجية محاضر ضبط الجرائم الماسة بالبيئة:

٢٤- ويثور التساؤل بشأن المحاضر المحررة في نطاق التشريعات البيئية من قبل مأموري الضبط القضائي المختصين حول مدى حجية ما ورد بها. والأصل أن المحكمة لا تنقيد بما هو مدون في التحقيق الابتدائي أو في محاضر جمع الاستدلال، إلا إذا وجد في القانون نص على خلاف ذلك، وهذا طبقاً لما تقرره المادة ٣٠٠ من قانون الإجراءات الجنائية المصري . ويرد على هذا الأصل استثناء قضت به المادة ٣٠١ من نفس القانون والتي تعتبر المحاضر المحررة في مواد المخالفات حجة بالنسبة للوقائع التي يشتملها المأمورون المختصون إلى أن يثبت ما ينفيها. وهذا الاستثناء له ما يبرره بالنظر لتفاهة المخالفات والعقوبات المقررة لها، وتعدد وتكرار ارتكابها مما لا يستلزم معه إطالة أمد الإجراءات، وتكليف جهات التحقيق بإثبات ما جاء بها.

(١) Michel PRIEUR. Droit de l'environnement . op.cit . n° 928. p. 824 .

وبالتالي فإن المحاضر المتعلقة بالجرائم الماسة بالبيئة لا تعد حجة بما ورد فيها إذا كانت تمثل جنائية أو جنحة، وهذا هو الأغلب ما بين هذه الجرائم، وبالتالي يلزم جهات الإدعاء إثبات ما جاء بها قبل المخالف. ومع ذلك فإن هذا الأمر قد يعوق عمل مأموري الضبط القضائي المختصين، والذي يعتمد عملهم أساساً على الكشف عن واقع معين، وبيان مدى مخالفته للقانون، وذلك من خلال استخدام أجهزة أو معدات أو أدوات للقياس أو الاختبار، والتوصل لنتائج معينة لتأكيد أو نفي ارتكاب جريمة ماسة بالبيئة.

فالموظف المختص هنا - وإن كان له صفة الضبطية القضائية - يعد من حيث الواقع خبيراً فنياً يعبر من خلال أدواته ومؤهلاته العلمية وخبرته عن رأيه في مدى التزام صاحب الشأن بالقوانين واللوائح المتعلقة بالبيئة ، وبالتالي فإن مناقشتهم أو طلبهم للشهادة فيما بعد قد يبدو غير مفيد في كثير من الأحوال. وهذا قد يكون المبرر الذي من أجله تقضى المادة ١١١٨ من التعليمات العامة للنيابة بمراعاة عدم إعلان مفتشى العمل لأداء الشهادة في القضايا الجنائية بخصوص ما يقدمونه من محاضر أو تقارير بمناسبة عملهم اكتفاء بما يرد فيها ، إلا إذا دعت الضرورة إعلانهم أو أمرت المحكمة بذلك.

المبحث الثالث

الحماية القانونية لمأمرى الضبط القضائي المختصين

بتنفيذ التشريعات البيئية

تمهيد وتقسيم:

٢٥- اهتمت التشريعات المختلفة بتوفير الحماية القانونية ليس لمأمرى الضبط القضائي وحدهم، ولكن لكل من يكلف من قبل الدولة بأداء أى عمل لها. ونظراً لمنح صفة الضبطية القضائية فى نطاق التشريعات البيئية لموظفين لم يعتادوا على استعمال سلطات مأمرى الضبط القضائي، قبل الأفراد قرر لهم المشرع فى كل من مصر والكويت وفرنسا حماية قانونية نوجزها فى أمرين، يتمثل أولهما فى تجريم أى فعل يعوق أو يمنع قيامهم بأعمالهم، ويمنحهم ثانيهما الحق فى الاستعانة بكافة الجهات المعنية لتمكينهم من تطبيق القوانين واللوائح المكلفين بتنفيذ أحكامها. وهذا ما نعرض له فى مطلبين على النحو التالي :-

المطلب الأول : تجريم أى فعل يعوق أو يمنع أداء مأمرى الضبط القضائي المختصين لأعمالهم.

المطلب الثانى: سلطة مأمرى الضبط القضائي المختصين فى الاستعانة بالجهات المعنية .

المطلب الأول

تجريم أى فعل يعوق أو يمنع أداء مأمرى الضبط القضائي

المختصين لأعمالهم :

٢٦- تعتمد الحماية القانونية لمأمرى الضبط القضائي فى نطاق التشريعات البيئية بصفة أساسية على حرص تلك التشريعات المختلفة على

النص صراحة على تجريم أى فعل يعوق أو يمنع هؤلاء من أداء أعمالهم، وذلك من خلال إلزام أصحاب الشأن بتقديم التسهيلات اللازمة لرجال الضبط القضائي المختصين، وعدم مخالفة أوامرهم وذلك ما نعرض له فى الفرعين التاليين:

الفرع الأول

إلزام أصحاب الشأن بتقديم التسهيلات اللازمة

٢٧- كثيراً ما يتطلب أداء مأمورى الضبط القضائي المختصين لأعمالهم فى نطاق التشريعات البيئية الاطلاع على مستندات أو الدخول لأماكن معينة سواء كانت فى منشأة أو حتى فى سفينة، وذلك من أجل التأكد من التزام أصحاب الشأن بالمعايير الموضوعية لحماية البيئة المنصوص عليها فى القوانين واللوائح المختلفة. وبالتالي وخشية من رفض أصحاب الشأن تقديم المستندات المطلوبة لمأمورى الضبط القضائي المختصين للإطلاع عليها وبالتالي الحيولة دون قيامهم بأعمالهم، ألزمت معظم التشريعات البيئية أصحاب الشأن بالاحتفاظ بسجل يدون فيه البيانات اللازمة لبيان تأثير نشاط المنشأة أو حتى السفينة على البيئة بحيث يصبح من السهل لمأمورى الضبط القضائي المختص طلب الإطلاع على هذا السجل الذى يلتزم صاحب الشأن بالاحتفاظ به ، وبالتالي لن يستطيع الأخير إخفاءه أو حتى الاحتجاج بعدم وجوده لأن مثل هذا الإدعاء يمثل خرقاً للقانون يجب أن يعرضه للمسئولية القانونية.

وهنا يثار التساؤل عن طبيعة هذه المسئولية القانونية التى يمكن أن تنقرر قبل صاحب الشأن الذى لا يحتفظ بالسجل المطلوب أو يدعى هذا . فكما سبق القول آنفاً^(١) بأن المادة ٢٢ من قانون البيئة المصرى تلزم

(١) راجع ما سبق بند ١٩ .

صاحب المنشأة طبقاً لأحكام هذا القانون بالاحتفاظ بسجل لبيان تأثير نشاط المنشأة على البيئة. ومع ذلك فقد أتى الباب الرابع من هذا القانون والخاص بالعقوبات خالياً من أى نص يعاقب على خرق هذا الالتزام المنصوص عليه بالمادة ٢٢ سالفه الذكر ، وكون صاحب المنشأة لا يتعرض لجزاء جنائي في هذه الحالة قد يدفعه إلى عدم الاحتفاظ بهذا السجل أو حتى يقصر في أداء هذا الالتزام.

وقد كان أولى بالمشرع المصري في هذا الوضع أن يقرر جزاءً جنائياً عند التقاعس عن أداء هذا الالتزام بالاحتفاظ بسجل لبيان تأثير المنشأة على البيئة وذلك على النحو الذى قرره بشأن السفن عندما أُلزم ربان السفينة أو مالكها أو مستغلها بالاحتفاظ بسجلات^(١) وشهادات^(٢) معينة. ومن ذلك ما تقررره المادة ٥٨ من قانون البيئة المصري التى تلزم كل

(١) كما تنص المادة (٦٢) من قانون البيئة المصري بوجوب تزويد الناقلات التى تحمل مواد سائلة ضارة بسجل الشحنة طبقاً للاتفاقية الدولية لمنع التلوث البحري من السفن يدون فيها الربان أو المسئول عن السفينة جميع العمليات على الوجه المبين بالاتفاقية.

(٢) كما تنص المادة (٧٧) من قانون البيئة المصري بأنه " على السفن التى تنقل الزيت بصورة منتظمة من أحد الموانئ المصرية أو إليه أو إحدى وسائل نقل الزيت داخل البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية والتى تحمل علم دولة منضمة للاتفاقية أن تكون حاصلة على الشهادة الدولية لمنع التلوث بالزيت، وأن تكون هذه الشهادة سارية المفعول طبقاً للاتفاقية.

أما السفن التى ينطبق عليها حكم الفقرة الأولى من هذه المادة وتحمل علم دولة غير منضمة للاتفاقية فيحدد وزير النقل البحري شهادة منع التلوث بالزيت التى تمنح من مصلحة الموانئ والمناير وذلك قبل الترخيص لها بنقل الزيت بصورة منتظمة من أحد الموانئ المصرية أو من إحدى وسائل نقل الزيت داخل المنطقة الاقتصادية الخالصة".

مالك أو ريان سفينة مسجلة بجمهورية مصر العربية وكذلك سفن الدول التي انضمت للاتفاقية الدولية لمنع التلوث البحري من السفن أن يحتفظ بسجل للزيت بدون فيه بعض العمليات على النحو الذي عرضنا له آنفاً^(١) ومن النصوص التي تتطلب توافر شهادة معينة المادة ٧٦ من نفس القانون المذكور التي تلزم السفن التي تحمل جنسية جمهورية مصر العربية أن تحصل من مصلحة المواني والمناظر على الشهادة الدولية لمنع التلوث بالزيت أو الشهادة الدولية لمنع التلوث الناتج عن حمل مواد سائلة ضارة سائبة.

وتضمن المادة ٩٤ من قانون البيئة المصرى احترام أحكام المواد ٥٨ و ٦٢ و ٧٦ و ٧٧ السابق ذكرهم بذلك بالنص على أنه " يعاقب بغرامة لا تقل عن أربعين ألف جنيه ولا تزيد على مائتي ألف جنيه كل من ارتكب الأفعال الآتية : ٢- عدم احتفاظ السفينة أو الناقلة بالشهادات والسجلات المنصوص عليها فى المواد (٥٨) ، (٦٢) ، ، (٧٦) ، (٧٧) من هذا القانون... "

وتأكيدا من المشرع المصرى على توفير المناخ المناسب لرجال الضبط القضائي المكلفين بمراقبة مدى التزام السفن بقانون البيئة ولائحته التنفيذية أوجب طبقا للمادة ٨٢ من هذا القانون على كل ريان أو مستغل لسفينة تستخدم المواني المصرية أو مرخص لها بالعمل فى البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية أن يقدم لمندوبي الجهة الإدارية المختصة أو مأمورى الضبط القضائي المنوط بهم تنفيذ أحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له التسهيلات اللازمة لأداء مهمتهم .

(١) راجع م س و ن ٢٠ .

بيد إن النص على التزام القائمين على السفن بتقديم التسهيلات اللازمة لمأموري الضبط المختصين مفيد ليس فقط لتسهيل مهمة هؤلاء في الإطلاع على السجلات والشهادات المنصوص عليها، وإنما كذلك لتمكين هؤلاء أيضاً من مراقبة مدى الالتزام ب تجهيز السفن سواء المسجلة في جمهورية مصر أو السفن الأجنبية التي تستعمل المواني المصرية أو تبحر عبر المنطقة البحرية الخاصة بها بمعدات خفض التلوث المتطلبة طبقاً لاتفاقية الدولية لمنع التلوث البحري من السفن .

وقد حرص المشرع المصري في قانون العمل على ضمان أداء مأموري الضبط القضائي المختصين بالتفتيش في مجال السلامة والصحة المهنية لأعمالهم، ولهذا يلزم أصحاب العمل أو من ينوب عنهم طبقاً للمادة ١٦٢ أن يسهلوا مهمة المكلفين بمراقبة تنفيذ أحكام هذا القانون، وأن يقدموا لهم معلومات صادقة فيما يتعلق بمهمتهم ، وأن يستجيبوا - طبقاً للمادة ١٦٣ من نفس القانون- لطلب الحضور الموجه إليهم من هؤلاء المكلفين بمراقبة تنفيذ هذا القانون في المواعيد التي يحدونها.

وتجدر الإشارة إلى أنه طبقاً للمادة ٣٩ من القانون رقم ٩٦-١٢٣٦ الصادرة في ٣٠ ديسمبر ١٩٩٦ بشأن الهواء واستخدام الطاقة في فرنسا فإنه يعاقب على كل الأفعال التي تعرقل أداء الموظفين المختصين بتطبيق هذا القانون^(١).

وفي المقابل فإن الوضع في قانون البيئة الكويتي بشأن ضمان حسن أداء المكلفين بتنفيذ أحكامه نجده في نص المادة ٣/١٣ من هذا القانون التي تعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تجاوز ألف دينار أو

Bernard BOULOC. Chronique législative . constatation des (١) infractions en matière de pollution de l'air . op. cit., p. 677.

بإحدى هاتين العقوبتين كل من منع الموظفين المختصين من القيام بواجباتهم المنصوص عليها في هذا القانون.

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الكويتي في قانون البيئة وفي هذا الموضع اتخذ موقفاً يجدر أن نتوقف عنده قليلاً، إذ إنه في الوقت الذي يسمح بالمادة (١٢) منه لمجلس الإدارة (فقط) طلب البيانات والمعلومات والمستندات التي يراها ضرورية من أي جهة عامة أو خاصة تمارس نشاطاً قد يؤدي إلى تلوث البيئة، ويعاقب على مخالفة أحكام هذه المادة بالحبس مدة لا تتجاوز ستة شهور وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين وذلك بالمادة ٤/١٣ من نفس القانون، نجده لم ينص صراحة على هذا الحق للموظفين المكلفين بتطبيق أحكام قانون البيئة لديه ، وإن كان يمكن القول بأن المادة (١١) من نفس القانون، والتي تمنح هؤلاء الموظفين صفة للضبطية القضائية والقيام بأعمال التفتيش التي يتطلبها تنفيذ هذا القانون أو اللوائح والقرارات المنفذة له وإثبات ما يقع من مخالفات لأحكامه تمثل السند القانوني لهؤلاء الموظفين المختصين للإطلاع أو طلب البيانات والمعلومات والمستندات التي يرونها ضرورية للتحقق من مدى التزام أي جهة سواء عامة أو خاصة بأحكام قانون البيئة والقرارات المنفذة لها. ولهذا كان مرد هذا التساؤل حول مدى جدوى نص المادة ١٢ سالف الذكر والعقاب عليها في ظل وجود المادة (١١) التي تسمح للموظفين المختصين ذوي الصفة القضائية بطلب المعلومات أو البيانات أو المستندات أو الإطلاع عليها ، علماً بأن هؤلاء الموظفين يتبعون الهيئة العامة للبيئة، والتي يرأسها المدير العام الذي يعتبر في نفس الوقت رئيساً لمجلس الإدارة طبقاً للمادة ٦ من قانون البيئة الكويتي .

الفرع الثاني

إلزام أصحاب الشأن بعدم مخالفة أوامر مأموري الضبط القضائي المختصين

٢٨- قد يتطلب عمل مأموري الضبط القضائي المختصين بتطبيق أحكام التشريعات البيئية التدخل سريعاً بحكم مناصبهم وتأهيلهم لمنع أى تلوث أو وقف استمراره إن حدث. وقد يستلزم لمواجهة هذا الموقف تعاون ومشاركة أصحاب الشأن أنفسهم أو أطراف أخرى لا علاقة لها بإحداث التلوث أو استمراره ، وقد لا يملك مأمورو الضبط القضائي فى هذه الحالة ما يستطيعون به مواجهة هذا الخطر أو ضرر التلوث إلا من خلال أوامرهم التى يمكنهم إصدارها فى مواجهة صاحب الشأن أو غيره.

وهذا ما اتجه إليه قانون البيئة المصرى بشأن حماية البيئة المائية من التلوث، وخاصة هذا النوع من التلوث الذى تسببه السفن المحملة بالزيت أو المواد الضارة. إذ إنه على الرغم من إلزام المادة ٨٢ من هذا القانون لكل من ربان أو مستغل السفينة التى تستخدم الموانئ المصرية أو مرخص لها بالعمل فى البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية أن يقدم لمندوبي الجهة الإدارية المختصة أو مأموري الضبط القضائي المنوط بهم تنفيذ أحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له، التسهيلات اللازمة لأداء مهمتهم، إلا أن هذا النص مجرد تكليف يخلو من شق الجزاء الذى يضمن تطبيقه من قبل المكلفين باحترام حكمه، إذ إنه لم يتقرر فى قانون البيئة المصرى عقوبة لمن يخالف هذا النص .

ولهذا تبرز أهمية المادتين ٥٣ و ٦٣ من قانون البيئة المصرى المتعلقتين بالأوامر التى يصدرها المختصون بتطبيق أحكام هذا القانون، إذ تنقضى المادة ٥٣ بأنه " مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ٧٩ لسنة

١٩٦١ فى شأن الكوارث البحرية والحطام البحري يكون لممثلي الجهة الإدارية المختصة أو لمأمورى الضبط القضائي أن يأمرؤا ربان السفينة أو المسئول عنها باتخاذ الإجراءات الكافية للحماية من آثار التلوث فى حالة وقوع حادث لإحدى السفن التى تحمل للزيت يترتب عليه أو يخشى منه تلوث البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية. فيمكن لمأموري الضبط القضائي المختصين فى هذه الحالة أن يأمرؤا مثلاً المسئول عن السفينة بتغيير خط سيرها أو بالإقلال من سرعتها أو حتى بخروجها تماماً من المياه الإقليمية المصرية أو بأي إجراء يكون من شأنه منع حدوث التلوث أو استمراره .

أما بشأن التلوث من المواد الضارة التى قد تسببه السفن، فإن المادة ٦٣ من قانون البيئة تسمح لممثلي الجهة الإدارية المختصة أو لمأمورى الضبط القضائي أن يأمرؤا ربان السفينة أو المسئول عنها باتخاذ الإجراءات اللازمة للتقليل من آثار التلوث، وذلك فى حالة وقوع حادث لإحدى السفن التى تحمل مواد ضارة يخشى منه تلويث البحر الإقليمي أو المنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية على أية صورة، علماً بأنه يحظر على السفن التى تحمل المواد الضارة إغراق النفايات والمواد الملوثة فى الجرف القاري والمنطقة الاقتصادية الخالصة لجمهورية مصر العربية.

وبالنظر لما قد يترتب على مخالفة أوامر مأموري الضبط القضائي المختصين من أجل حماية البيئة من التلوث من الزيت أو المواد الضارة فى حالة وقوع حادث لإحدى السفن على النحو السابق بيانه ، فقد قورت المادة ٩٤ من قانون البيئة المصرى عقوبة عند مخالفة هذه الأوامر، إذ تنص على أنه " يعاقب بغرامة لا تقل عن أربعين ألف جنيه ولا تزيد على

مائة وخمسين ألف جنيه كل من ارتكب أحد الأفعال التالية :١-.....
٢- مخالفة أوامر مفتشي الجهة الإدارية المختصة ومأموري الضبط
القضائي في حالة وقوع حادث لإحدى السفن التي تحمل الزيت أو المواد
الضارة وذلك طبقاً لأحكام المادتين ٥٣ ، ٦٣ من هذا القانون....."

المطلب الثاني

سلطة مأموري الضبط القضائي المختصين في الاستعانة بالجهات المعنية

٢٩- يكون لمأمور الضبط القضائي بصفة عامة أن يستعين أثناء
إجراء الضبط والتفتيش بمن يرى مساعدته فيه مادام يعمل تحت إشرافه^(١)
وقد يتعرض الموظفون ممن لهم الصفة القضائية المختصون
بتطبيق التشريعات البيئية أثناء قيامهم بأعمالهم لبعض المشكلات التي قد
توقعهم أو تمنعهم من أداء مهامهم ، وخاصة من قبل أصحاب الشأن الذين
قد لا يسمحوا لهؤلاء الموظفين بدخول المكان المطلوب تفتيشه، أو منعهم
من أخذ العينات اللازمة أو إجراء القياسات المطلوبة، وقد يصل الأمر
إلى مقاومتهم والاعتداء عليهم .

وباعتبار أن هؤلاء الموظفين المختصين -وكما سبق القول-^(٢) غير
متمرسين على استعمال سلطات الضبط القضائي قبل الأفراد، فإنهم قد
يكونوا في حاجة لمن يمكنهم من أداء مهامهم، ويوفر لهم الحماية إن لزم
الأمر . ولهذا اتجهت بعض التشريعات البيئية إلى النص صراحة على
سلطة هؤلاء الموظفين في الاستعانة برجال الشرطة أو بأي جهة
يحتاجون إليها لتمكينهم من أداء أعمالهم.

(١) نقض ١٤ فبراير ١٩٨٩، مجموعة أحكام النقض ، ص ٤٠٧ ، ص ٢٠٧ .

(٢) راجع ما سبق بند ٢٤ .

ومن تلك التشريعات البيئية التي أكدت على سلطة هؤلاء الموظفين في الاستعانة بجهات معينة عند أدائهم لأعمالهم قانون البيئة المصري، إذ يمكن طبقاً للمادة ٨٣ منه^(١) للجهات الإدارية المختصة طلب معاونة كل من وزارات الدفاع والداخلية والبتروك والثروة المعدنية وهيئة قناة السويس أو أية جهة معينة أخرى بتنفيذ أحكام الباب الثالث من هذا القانون والمتعلق بحماية البيئة المائية من التلوث.

ويلاحظ أن أمر إمكانية استعانة هؤلاء الموظفين بهذه الجهات المعنية مقصور فقط على هؤلاء المختصين بتطبيق أحكام الباب الثالث فقط من قانون البيئة، ولهذا فلم يتجه نفس القانون إلى النص صراحة على سلطة الموظفين المختصين بتطبيق بقية أحكامه في الاستعانة برجال الشرطة أو أية جهة أخرى، فهل يعني ذلك أنه لا يجوز لهم مثل هذا الأمر؟ فإن كانت الإجابة بالنفي، فما هي قيمة النص صراحة على هذه السلطة في صلب القوانين؟

ويمكن أن نتعرض للمسألتين السابقتين فيما يلي:-

٣٠- بالنسبة للمسألة الأولى المتعلقة بسلطة الموظفين المختصين

في الاستعانة برجال الشرطة في حالة عدم النص صراحة على ذلك:

يمكن القول من البداية بأنه لا يلزم بالفعل أن ينص أي قانون مهما كانت طبيعته على حق الموظفين ممن لهم صفة الضبط القضائي المكلفين بتطبيق أحكامه في طلب الاستعانة برجال الشرطة لتمكينهم من أداء مهامهم، إذ إن هذا الحق يخول لهم سواء نص عليه القانون أم لا، فالأمر يتعلق في النهاية بحسن أداء موظفين يتبعون للدولة لوظائفهم، يستهدفون

(١) راجع لاص المادة ٦٣ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المصري .

بها مصلحة عامة يلزم أن تتعاون كافة الجهات المختصة بالدولة - وليس فقط رجال الشرطة - على رعاية من يقوم على تحقيقها، وتوفير الحماية اللازمة له. ولا أدل على ذلك من أن المشرع قد وفر حماية جنائية للموظفين العموميين أو غيرهم من المكلفين بخدمة عمومية، وسواء أكانوا من رجال الضبطية القضائية أم لا بالمادة ١٣٦^(١) من قانون العقوبات المصري التي تعاقب كل من يتعدى على أحد هؤلاء أو يقاومه بالقوة أو العنف أثناء تأدية وظيفته أو بسبب تأديتها بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه مصري .

وإن كان الأمر كذلك، وبالتالي لا يلزم النص صراحة في صلب قانون ما على سلطة المكلفين بتطبيق أحكام هذا القانون في الاستعانة برجال الشرطة طالما أن لهم في النهاية ممارسة هذه السلطة ، سواء نص القانون أم لا. إذن ما هي قيمة النص صراحة على هذه السلطة في صلب القانون ، هذا هو مضمون المسألة الثانية التي نعرض لها فيما يلي :

٣١- المسألة الثانية: تتعلق بمدى قيمة النص صراحة في صلب

القانون على سلطة الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكامه على الاستعانة برجال الشرطة.

تعدد القوانين الخاصة التي تتضمن النص صراحة على هذا الأمر، ومن ذلك قانون العمل المصري الذي تطالب المادة ١٦٤ منه سلطات الضبط والربط بمساعدة العاملين المكلفين بمراقبة تنفيذ هذا القانون عند قيامهم بوظيفتهم مساعدة فعالة إذا طلب منهم ذلك .

وأيضاً ينص قانون البيئة الكويتي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٥ المعدل

(١)معدلة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ .

بالقانون رقم ١٦ لسنة ٩٦ صراحة على هذه السلطة بالمادة ١١ منه التي تسمح للموظفين المكلفين بتطبيق أحكام هذا القانون بالاستعانة برجال الشرطة إذا اقتضى الأمر ذلك .

وبلاحظ إنه لم تقرر هذه القوانين التي تسمح للموظفين المختصين بالاستعانة برجال الشرطة جزاءً جنائياً يضمن استجابة هؤلاء الآخرين لطلب المكلفين بتنفيذ تلك القوانين . مما يؤكد التساؤل حول قيمة النص صراحة على هذا الأمر الذى يمكن ألا يستجاب إليه من قبل رجال الشرطة. وهذا ما يعني فى النهاية الحرص على تنظيم مثل هذه الأمور بين الجهات المختلفة من خلال اللقاءات المباشرة بين ممثليهم دونما حاجة إلى تقرير ذلك بالقوانين ، وخاصة أن قوانين البيئة كثيراً ما تتضمن النص على تشكيل مجلس إدارة أو مجلس أعلى بعضوية ممثلين من الوزارات المعنية بالبيئة، وذلك كما هو الحال الذى تقررته كل من المادة (٦) من قانون البيئة المصرى والمادة (٢٤) من قانون البيئة الكويتي، هذا فضلاً عن المادة ٢٦ من قانون البيئة المصرى التى تطالب جميع الجهات العامة والخاصة والأفراد بأن تسارع بتقديم جميع المساعدات والإمكانات المطلوبة لمواجهة الكارثة البيئية .

المبحث الثالث

التزام مأموري الضبط القضائي المكلفين بتطبيق التشريعات البيئية بالمحافظة على أسرار المهنة

تمهيد وتقسيم :

٣٢- مما لا شك فيه أن مأموري الضبط المكلفين بتطبيق التشريعات البيئية كثيراً ما يطلعون على أسرار الأفراد والمؤسسات، وذلك من خلال ما تخولهم هذه التشريعات من سلطات خاصة بدخول أماكن مختلفة والإطلاع عما بداخلها للتحقق من مدى احترامها لأحكام القوانين واللوائح المختلفة، وما يقتضى ذلك من إطلاع الموظفين المختصين على مستندات وسجلات وشهادات وبيانات تتعلق بقدرة مؤسسة ما على الإنتاج أو التخزين أو التسويق أو غيرها من أمور لو علم بها المنافسون لها لأثر ذلك على وضعها الاقتصادي بصفة عامة.

ولهذا كان الاهتمام بتلك الحصيلة من المعلومات التي يتوصل إليها مأمورو الضبط القضائي المختصون بحيث لا يستخدمونها إلا في سبيل الكشف عن مدى التحقق من الالتزام بالقوانين أو اللوائح فقط، ولا يفشون بها إلى الغير أو يطلعونه عليها إلا في نطاق ما تسمح به القوانين. فالمفتشون المختصون بمراقبة المنشآت المصنفة^(١) في فرنسا يتمتعون بسلطات واسعة تجعلهم يتوصلون لمعلومات عدة ، إذ يكون لهم سلطة زيارة المنشآت في كل لحظة لمراقبة مدى التزامها بإجراءات المحافظة على البيئة (مادة ٤/١٧ من المرسوم الصادر في ٢١ سبتمبر ١٩٧٧) ، كما لهم الحق في طلب إجراء اختبارات معينة يتحمل تكلفتها مستغل

(١) Michel PRIEUR . Droit de l'environnement .op. cit., n° 589 . p.457 et 458.

المنشأة، وذلك في معامل خاصة أو جهات محددة من قبل وزارة البيئة بعد موافقة المجلس الأعلى للمنشآت المصنفة (مادة ٤٠ من المرسوم الصادر في ٢٠ سبتمبر ١٩٧٧).

وقد اتبع المشرعون في نطاق التشريعات البيئية نظامين من أجل إلزام الموظفين المختصين بالمحافظة على أسرار المهنة، أولهما أن ينص صراحة داخل القانون المتعلق بالبيئة على إلزام الموظفين المختصين بالمحافظة على أسرار المهنة ، وثانيهما ترك الأمر للقاعدة العامة الواردة في صلب قانون العقوبات الملزمة لكافة من يكون مودعاً لديه بحكم صناعته أو وظيفته أسرار بالمحافظة عليها، وهذا ما نعرض له في مطلبين وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : تضمن التشريع البيئي النص صراحة على التزام الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكامه بالمحافظة على أسرار المهنة.

المطلب الثاني: خلو التشريع البيئي من النص صراحة على التزام الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكامه بالمحافظة على أسرار المهنة .

المطلب الأول

تضمن التشريع البيئي النص صراحة على التزام الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكامه بالمحافظة على أسرار المهنة :

٣٣- تمنح العديد من التشريعات الخاصة المتعلقة بالبيئة سلطات عدة للموظفين المختصين بتطبيقها، والتي يمكن من خلال استعمالهم لهذه السلطات التوصل لمعلومات وفيرة عن أحد المشروعات التي تخضع لرقابتهم. من أجل ذلك حرصت بعض هذه التشريعات على إلزام هؤلاء

الموظفين المختصين بالمحافظة على الأسرار التي يتوصلون إليها بسبب أو إنشاء تادية مهامهم. ومع ذلك تختلف تلك التشريعات فيما بينها من حيث معالجتها لهذا الأمر متبعة أحد الأسلوبين التاليين:

٣٤- الأسلوب الأول : تلجأ إليه بعض التشريعات والتي تنص صراحة على ضرورة التزام الموظفين المكلفين بتطبيق أحكام المحافظة على أسرار المهنة، وذلك دون أن تقرر لهم عقوبات معينة عند مخالفتهم لهذا الالتزام، مما يعني خضوعهم في النهاية للقاعدة العامة الواردة أصلاً في قانون العقوبات التي تحظر إفشاء الأسرار المتعلقة بأعمالهم وتعاقب عليه، ومن ذلك قانون العمل المصري السذي تستلزم المادة ١٦٠ منه أن يحلف العاملون المكلفون بتنفيذ أحكام هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له ورؤساؤهم اليمين أمام وزير الدولة للقوى العاملة والتدريب عند تعيينهم بأن يقوموا بأداء عملهم بأمانة وإخلاص وألا يفشوا سراً من أسرار العمل أو أى اختراع صناعي أطلعوا عليه بحكم وظيفتهم حتى بعد تركهم للعمل. ومن ذلك أيضاً ما نقضى به المادة ٧٧ من قانون العاملين بالدولة في بندها الثامن حيث يحظر على العامل إفشاء الأمور التي أطلع عليها بحكم وظيفته إذا كانت سرية بطبيعتها أو بموجب تعليمات نقضى بذلك. ويظل هذا الالتزام بالكتمان قائماً ولو بعد ترك العامل الخدمة.

٣٥- الأسلوب الثاني : تتبعه بعض التشريعات البيئية الأخرى والتي تنص صراحة على ضرورة التزام الموظفين المكلفين بتطبيق أحكامها بالمحافظة على أسرار المهنة وتعاقبهم بنفس العقوبات المقررة أصلاً في قانون العقوبات، ومن ذلك ما نقضى به المادة ٥٩ من المرسوم بقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين والتي تلزم كل

شخص مكلف بتنفيذ أحكام هذا المرسوم بقانون بمراعاة سر المهنة طبقاً لما تقتضى به المادة ٣١٠ من قانون العقوبات، وإلا كان مستحقاً للعقوبات المنصوص عليها فى تلك المادة.

وبالتالى فإنه إذا كانت الجريمة المنصوص عليها فى القانون البيئى هى بعينها الجريمة المنصوص عليها بالمادة ٣١٠ من قانون العقوبات، فإن النص عليها يكون تزييداً، ولكن تكون للنص فائدته إذا لم يقيد تطبيقه بشروط المادة ٣١٠ بحيث لا يكون هناك محل للبحث فيما إذا كان الإفضاء قد وقع على سر، وما إذا كان فى إفشائه ضرر لشخص أو لعائلة، إذ يكفي بوقوعه على بيان أو استعلام أو غير ذلك مما ينص عليه. وبالتالي تتحقق الجريمة ولو اقتصر ضرر الإفضاء على المصلحة العامة، وهنا يكون النص بمثابة النص الاحتياطي للحالات التى لا ينطبق عليها النص العام طبقاً للمادة ٣١٠ من قانون العقوبات^(١).

المطلب الثانى

خلو التشريع البيئى من النص صراحة على التزام الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكامه بالمحافظة على أسرار المهنة

٣٦- هناك جانب آخر من التشريعات البيئية التى لم يتطرق فيها للنص صراحة على التزام الموظفين للمكلفين بتنفيذ أحكامها بالمحافظة على أسرار المهنة. وهذا يعنى خضوع هؤلاء للقاعدة العامة الواردة فى قانون العقوبات التى تجرم إفشاء الأسرار التى يتوصلون إليها بسبب أو

(١) الدكتور / محمود مصطفى - الجرائم الاقتصادية فى القانون المقارن - الجزء الأول، الأحكام العامة فى الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٩، بند ١٢١، ص ٢٣٨.

أثناء تأدية أعمالهم، ويتبع هذا الأسلوب كل من قانون البيئة المصري والكويتي وذلك على النحو التالي : -

ففى نطاق التشريع المصري وردت هذه القاعدة فى قانون العقوبات بالمادة ٣١٠ منه، والتي تعاقب الفقرة الأولى منها كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوايل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصى أو تمن عليه فأفشاه فى غير الأحوال التى يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه .

وتطبق هذه المادة على الموظفين المختصين المكلفين بتطبيق قانون البيئة المصرى ولائحته التنفيذية، إذ لم يتضمن هذا القانون أى نص يتعلق بإلزام هؤلاء الموظفين على المحافظة على الأسرار التى يتوصلون إليها بسبب أو أثناء تأدية عملهم، وبالتالي لا مفر من تطبيق المادة ٣١٠ سالفة الذكر عليهم إذا ما أخلوا بتنفيذ هذا الالتزام .

ومع ذلك يثور التساؤل حول مدى توفيق المشرع المصرى بترك أمر المحافظة على أسرار المهنة من قبل الموظفين المكلفين بتنفيذ قانون البيئة ولائحته التنفيذية لنص المادة ٣١٠ سالفة الذكر وعدم النص على ذلك فى صلب هذا القانون، وبالتالي إمكانية تعديل العقوبة المقررة للإخلال بهذا الالتزام عن تلك التى تقضى بها المادة ٣١٠ سالفة الذكر .

أرى أنه كان من الأوفق أن يتجه المشرع المصرى فى قانون البيئة إلى النص صراحة على التزام الموظفين المكلفين بتطبيق أحكامه بالمحافظة على كافة الأسرار التى يتوصلون إليها بسبب أو أثناء تأدية أعمالهم، والعقاب على خرق هذا الالتزام بعقوبات تزيد عن تلك التى تقضى بها المادة ٣١٠ من قانون العقوبات سالفة الذكر (الحبس مدة لا

تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه). إذ تبدو هذه العقوبة غير متناسبة مع ما يمكن أن يترتب على خرق هذا الالتزام من نتائج خطيرة يمكن حصرها فيما يلي :

١-جسامة الأضرار التي يمكن أن تترتب على خرق ذلك الالتزام، فالموظفون المختصون بتطبيق أحكام قانون البيئة يتمتعون بسلطات واسعة قد تمكنهم في كثير من الأحوال من الاطلاع على كافة ما بداخل منشأة صناعية ما، ويشمل ذلك مخططاتها وابتكاراتها ومواصفات ومعدلات تسويق إنتاجها، مما قد يؤدي تسريب معلومات تتعلق بمثل تلك الأمور وخاصة إلى منافسين لهذه المنشأة - إلى خسارة فادحة لهذه الأخيرة.

٢-فضلاً عما قد يترتب من استغلال بعض الموظفين المختصين بتطبيق قانون البيئة لحصيلة المعلومات التي يتوصلون إليها بسبب استعمال سلطاتهم، والاتجار فيها قد يؤدي بالكثيرين من أصحاب الشأن إلى فقد الثقة في قانون البيئة، والتحايل من أجل منع أو عرقلة أعمال الموظفين المختصين بتطبيقه أو إخفاء المعلومات الهامة عنهم. وهذا أمر جد خطير فقوانين البيئة بصفة عامة تعد في مجملها قوانين حديثة، تتعلق بنشاطات متعددة في الحياة لم يعهد الأفراد أو الجهات على ممارستها في ظل قيود قد تبدو لبعضهم غير جديرة باحترامها.

ولهذا يبدو من الأوفق النص صراحة على التزام الموظفين المكلفين بتطبيق قانون البيئة بالمحافظة على الأسرار والعقاب على خرق هذا الالتزام بعقوبات متناسبة تزيد على ما هو مقرر بالمادة ٣١٠ من قانون العقوبات سالفة الذكر ، وهذا سيكون له أثره في تشجيع أصحاب الشأن على التعامل مع المختصين بأمانة وثقة، وتشعرهم بالاطمئنان على مصالحهم الخاصة، وتقوي رغبتهم في احترام قانون البيئة بصفة عامة.

الفصل الثاني
المشكلات المتعلقة
بإثبات الجرائم الماسة بالبيئة

تمهيد وتقسيم :

٣٧- يعني الإثبات بصفة عامة إقامة الدليل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجنائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية، وذلك بالطرق والقواعد المحددة قانوناً^(١).

وإذا كان دور مأموري الضبط القضائي المكلفين بتطبيق التشريعات البيئية يتمثل أساساً في مراقبة كافة الخاضعين لهذه التشريعات للتحقق من مدى احترامهم لأحكامها، فإن هذا الدور قد ينتهي إذا ثبت لهم التزام هؤلاء الخاضعين ومراعاتهم للقواعد القانونية المقررة بشأنهم، أما إذا ثبت غير ذلك واتضح أن المعنيين بتطبيق قانون ما غير ملتزمين بأحكامه كان لمأموري الضبط القضائي المختصين اتخاذ كافة ما يلزم من إجراءات لإثبات كل ما هو مخالف لهذا القانون.

ويخضع إثبات الجرائم بصفة عامة لمبدأين أوجزهما الأستاذ Jean PRADEL بقوله " إذا كان من الممكن استخدام أى دليل إلا أنه لا يمكن الحصول عليه بأى وسيلة"^(٢) ويرمى من وراء ذلك إلى خضوع البحث عن دليل ما لنظام قانوني يضمن الحصول عليه بشكل مشروع دون المساس بحريات الأفراد أو حرمانهم.

تتنوع طرق إثبات الجرائم ما بين الشهادة والاعتراف والخبرة والكتابة والقرائن، ومع ذلك تعد الكتابة أحد أهم هذه الطرق لإثبات الجرائم الماسة بالبيئة حيث يحتاج أمر إثبات أغلبها إلى التوصل

(١) محمود نجيب حسنى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية- المرجع السابق، بند ٤٤٧ ، ص ٤٠٥.

(٢) Jean PRADEL . Procedure Pénale . cujas . Pairs . 1993 . n° 258 . p.287.

لمعلومات أو بيانات، أو الإطلاع على مستندات أو سجلات، أو إجراء قياسات أو اختبارات تم تدوين نتائج كل ذلك فى محاضر إذا ثبت وجود جرائم ماسة بالبيئة، وذلك من خلال مقارنة تلك النتائج بما يجب أن يتوفر من معايير أو مواصفات طبقاً للقانون.

ومع الأخذ فى الاعتبار ما سبق ذكره^(١) بخصوص المادة ٢٢ بشأن منح صاحب الشأن الذى تثبت مخالفته لأحكام قانون البيئة أو لائحته التنفيذية مهلة لتصحيح الوضع، فإنه سيكون لمأموري الضبط القضائي المختصين بعد فوات هذه المهلة دون أن يقوم المخالف بتصحيح مخالفاته تحرير المحاضر اللازمة لإثبات جرائمه. هذا فضلاً عن دورهم فى تحرير المحاضر اللازمة بشأن كافة الجرائم الأخرى الماسة بالبيئة، والتي لا ينطبق عليها حكم المادة ٢٢ سالفة الذكر .

ويثير إثبات الجرائم الماسة بالبيئة بواسطة المحاضر التى يحررها الموظفون المختصون مشكلة هامة عند نظر هذه الجرائم أمام القضاء، وذلك فى الحالة التى يؤكد فيها المخالف أثناء تحرير المحضر الخاص بمخالفته ارتكابه للفعل المادي المكون للجريمة، ولكنه ينفى فى الوقت نفسه علمه بأن هذا الفعل يعد جريمة طبقاً للقانون. وهى مشكلة تكاد تكون منتهية أمام مبدأ افتراض العلم بالقانون لدى الكافة، وبالتالي عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، ولكن ليس الأمر هكذا فى نطاق التشريعات البيئية، التى قد يعد تكليف أصحاب الشأن بالعلم بها من باب المستحيل فى ظل التضخم الهائل ليس فى القوانين البيئية فقط، ولكن فى اللوائح التنفيذية لهذه القوانين، والتى كثيراً ما تشمل على أرقام ومعايير وجداول يصعب الإلمام بأحكامها.

(١) راجع ما سبق بند ٢٢.

وبناء على ما سبق يمكن تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نعرض
في أولهما لهذه المشكلة الخاصة بإثبات الجرائم الماسة بالبيئة في ظل مبدأ
افتراض العلم بالقانون، ثم نبين في ثانيهما كيف يمكن التخفيف من
صرامة هذا المبدأ في نطاق قانون البيئة في كل من مصر والكويت .
و. لك كله على النحو التالي:-

المبحث الأول : مشكلة إثبات الجرائم الماسة بالبيئة في ظل مبدأ افتراض
العلم بالقانون.

المبحث الثاني : مظاهر التخفيف من صرامة مبدأ افتراض العلم
بالقانون في نطاق قانون البيئة المصري والكويتي .

المبحث الأول

مشكلة إثبات الجرائم الماسة بالبيئة فى ظل مبدأ افتراض العلم بالقانون

تمهيد وتقسيم :

٣٨- أرجو ألا يفهم من عرض تلك المشكلة فى نطاق هذا البحث أنه إقحام لها فى المجال الإجرائي للبيئة محل الدراسة، إذ إنه يجب أن يكون لمأموري الضبط القضائي المختصين فى مجال التشريعات البيئية دورهم فى بيان موقف المخالف وإمكانياته فى العلم بالقانون محل التطبيق، وبالتالي مدى احتمال وقوعه فى غلط فى القانون، واعتقاده بناء على ذلك بمشروعية الفعل الذى ارتكبه .

ويمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أبين فى أولهما لعدم توافر مبررات مبدأ افتراض العلم بالقانون فى نطاق التشريعات البيئية، وأعرض فى ثانيهما كيف حاول المشرع الفرنسي من خلال إصداره لقانون العقوبات الجديد التخفيف من صرامة هذا المبدأ، وذلك كله على النحو التالي :-

المطلب الأول : عبء مبدأ افتراض العلم بالقانون فى نطاق التشريعات البيئية .

المطلب الثاني: إتجاه قانون العقوبات الفرنسي الجديد للتخفيف من حدة مبدأ افتراض العلم بالقانون.

المطلب الأول

عبء مبدأ افتراض العلم بالقانون في نطاق التشريعات البيئية

٣٩- تتمثل أهم مبررات مبدأ افتراض العلم بالقانون فى صعوبة إثبات هذا العلم من قبل سلطة الاتهام، مما قد يجعل جهل المتهم بأحكام القانون سبباً للبراءة، وهذا قد يلحق بمصالح المجتمع أبلغ الضرر لأنه يؤدي إلى تعطيل تطبيق القوانين ويفوت أهدافه^(١).

وقد استقر^(٢) على افتراض العلم بالقانون باعتباره حيلة ضرورية^(٣) من أجل تطبيق القوانين العقابية.

وإذا حاولنا تطبيق مبدأ افتراض العلم بالقانون على أصحاب الشئىء المكلفين باحترام أحكام قوانين البيئة سيتضح مدى عبء ما نحمله لهؤلاء، فالأمر هنا فى أغلب الأحوال يتعلق بارتكابهم لأفعال يتحدد مدى مخالفتها للقانون بناء على قياسات أو اختبارات دقيقة . إذ إن ما يلزم توافره مثلاً من معايير أو مواصفات أو معدلات طبقاً لأحكام هذه القوانين بشأن الانبعاثات التى تصدر أو تصرف من منشأة ما أو ما يلزم توافره من مواصفات فى بناء المنشأة نفسها أو إنتاجها وكيفية تعبئته أو تسويقه كلها أمور قد يصعب العلم بها. وهذا الأمر لا ينطبق فقط على القوانين فى

(١) الدكتور / محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات، القسم العام - دار النهضة العربية، الطبعة السابعة، القاهرة، ١٩٨٩ ، بند ٦٦٧ ، ص ٦٠٢ .

(2) أنظر بشأن مبدأ افتراض العلم بالقانون فى القضاء الفرنسى ما يلى :

- Crim 24 Fev. 1820 . B.C. n° 33 .

- Crim. 8 Fev. 1966, B.C. n° 36 , Rev. Sc. Crim. 1966, p.887, obs. A. légal .

- Crim 2 mars 1976 , B.C. n° 78 .

Jean PRADEL. Le nouveau code Pénal (Partie générale) 2 ème (٣) éd, Dalloz, Paris, 1995 , n° 44.

مجال البيئة ، وإنما ينطبق كذلك على كافة القوانين التى تتعلق بمجالات أخرى كالنقد والضرائب والجمارك والبناء والتصدير والاستيراد^(١). ولهذا فإنه إذا كانت القاعدة أن الجهل أو الغلط فى القانون لا يصلح عذرا فإنه يلزم لدى البعض^(٢) ألا تكون هذه القاعدة مطلقة، وإنما ينبغي أن يرد عليها قيد يلطف من حداثتها بحيث يكون هذا القيد خاصا بالحالات التى يكون فيها جهل الفاعل أو غلظه فى القانون جهلا أو غلطا حتميا invincible أى لا يمكن تجنبه ببذل العناية والحذر اللذين يبذلهما الشخص المتوسط فى نفس الظروف .

المطلب الثانى

إتجاه قانون العقوبات الفرنسى الجديد للتخفيف من حدة

مبدأ افتراض العلم بالقانون

٤٠- حرص المشرع الفرنسى فى قانون العقوبات الجديد على تلافى كافة الانتقادات والعيوب التى لحقت بقانون العقوبات السابق، وذلك من خلال إلغاء بعض النصوص أو تعديلها أو إضافة قواعد قانونية جديدة. ويعد من النصوص الجديدة التى أخذ بها المشرع الفرنسى فى قانون العقوبات الفرنسى الجديد، والتى لم يكن لها ما يقابلها فى قانون العقوبات السابق المادة ٣/١٢٢ والتى تقضى بأنه لا يسأل جنائيا الشخص الذى يبرر اعتقاده بشأن غلط فى القانون لم يتمكن من تجنبه -

(١) Mohan PRABHU, C.R, op. cit. P.690.

(٢) الدكتور/ عمر السعيد رمضان- بين النظريتين النفسية والمعارية للإثم (بحث فى طبيعة الركن المعنوى للجريمة)- دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٣٠ وراجع أيضا :

الدكتور / فرج صالح الهريش، جرائم تلويث البيئة-المرجع السابق، ص ٢٩٠ و ٢٩١.

بمشروعية الفعل الذى ارتكبه .

ويبدو أن الاعتداد بالغلط فى القانون كأحد موانع المسؤولية أمر متوقع^(١) بعد أن زادت هذه الانتقادات الموجهة لمبدأ افتراض العلم بالقانون بعد تضخم التشريعات الجنائية على نحو جعل من الصعب على المواطن أو الأجنبي أن يلم بأحكامها المتعددة، بل حتى القضاة أنفسهم أصبحوا فى حاجة دائمة للعلم بالنصوص الجنائية الجديدة^(٢) وقد كان الاتجاه لهذا المانع من المسؤولية منذ مشروع قانون العقوبات الفرنسي عام ١٩٧٨ حيث قضت المادة ٤٢ منه بعدم عقاب الشخص الذى يقع فى غلط فى القانوني لا يمكن تجنبه معتقداً بمشروعية الفعل الذى يرتكبه، ولكن مشروع قانون العقوبات لعام ١٩٨٦ لم يأخذ بهذا المعنى.

وقد حاول المشرع الفرنسي من خلال المادة ٣/١٢٢ سالفه الذكر بشأن الغلط فى القانون أن يأتي بقانون أكثر وضوحاً وأكثر قبولا لدى المواطن، ويتمشى بذلك مع ما تتطلبه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من وجوب أن يكون القانون قابلاً للخضوع له بما فيه الكفاية بحيث يلزم أن يتوفر للمواطن لمعلومات كافية عن القواعد القانونية القابلة للتطبيق، هذا بالإضافة إلى ضرورة أن تكون القاعدة القانونية محددة مما فيه الكفاية على نحو يسمح للمواطن بتنظيم شئون حياته بما يتوافق والقانون. وذلك من خلال تقديم النصائح اللازمة عن نتائج أفعاله^(٣).

Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, Le nouveau (١) droit pénal , Tom 1. Droit pénal général . 2 ème éd . economica, Paris, 1996. n° 675, p. 502.

(٢) راجع ذلك لدى :

Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, op cit . n° 673. p. 500.

والجاني هو الذى يجب أن يتمسك بالغلط فى القانون الذى لم يتمكن من تجنبه على نحو جعله يعتقد بمشروعية الفعل الذى ارتكبه ، وبالتالي فالجاني هو الذى يبرر غلظه لأنه يكون فى وضع أفضل لكى يقع القاضي بحسن نيته . وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية^(١) ففى إحدى الدعاوى حيث اعتقد الجناة بمشروعية فعلهم بتركيب مولد كهربائى فى أرض يشروعون فى تشييدها اعتمادا على رخصة البناء التى لديهم، وقضت "محكمة فرساي ببراءتهم بناء على وقوعهم فى غلط فى القانون، وقد ألغت محكمة النقض حكم استئناف فرساي على أساس أن الجناة لم يتمسكوا من أنفسهم بتطبيق المادة ٣/١٢٢ المتعلقة بالغلط فى القانون.

وعلى الرغم من صراحة المادة ٣/١٢٢ سألقة الذكر فيما تتطلبه من ضرورة أن يتمسك الجاني بالغلط فى القانون لتبرير اعتقاده بمشروعية فعله فإن البعض^(٢) يرى أن هذا يعد تزييدا من الناحية القانونية لا فائدة منه لأنه فى نطاق موانع المسؤولية - فيما عدا نص مخالف- فإن إثبات مانع المسؤولية يكون من قبل الشخص الذى يثيره دون حاجة إلى النص على ذلك من قبل المشرع، وهذا بالفعل ما أتبعه المشرع الفرنسى فى شأن القوة القاهرة والإكراه والدفاع الشرعى وحالة الضرورة، ومع ذلك يحاول هذا رأى تبرير موقف المشرع الفرنسى فى هذا الشأن على أساس أنه يقصد به توجيه المحاكم إلى التشدد فى الإثبات لقبول الغلط فى القانون بما يبقى لمبدأ افتراض العلم بالقانون قوته أيضا.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الغلط الذى يعتقد به المشرع الفرنسى

Crim. 15 nov. 1995 . B.C. n° 350 . (١)

Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNHEC , op. cit., n° (٢)
677, p. 503

كأحد موانع المسؤولية طبقا للمادة ٣/١٢٢ سالفه الذكر هو الغلط فى القانون وليس الغلط فى الواقع ، فالشخص الذى يقع فى غلط فى القانون لا يعلم بوجود القواعد القانونية القابلة للتطبيق على فعله، وبالتالي جهلها، أو يفسرها تفسيراً مغلوفاً، أما بالنسبة للغلط فى الواقع فالشخص يعلم بوجود القانون القابل للتطبيق ولكنه لا يرى أن فعله يخضع لتجريم جنائي^(١).

وهكذا تبدو أهمية اعتداد المشرع الفرنسى بالغلط فى القانون الذى لا يمكن تجنبه فى نطاق التشريعات الجنائية الخاصة التى تتضمن نصوصاً تفصيلية يصعب على الشخص العادى الإلمام بها، وذلك كما فى مجال قوانين البناء والبيئة والعمل والتى يتطلب لتطبيق أحكامها إعداد اللوائح اللازمة بما تتضمنه من ملاحق وجدول تتعلق بتقنيات خاصة ، ويعتبر عدم نشر مثل هذه الملاحق والجدول^(٢) مبرراً مناسباً للتمسك بالغلط فى القانون.

أثر المعلومات الخاطئة الصادرة من الإدارة فى تبرير الغلط فى القانون الذى لا يمكن تجنبه

طرح أثناء المناقشات البرلمانية^(٣) للموافقة على المادة ٣/١٢٢ بشأن الغلط الذى لا يمكن تجنبه مثالان يبرران الغلط فى القانون الذى

Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, op. cit., n° (١) 679, p. 504.

- Philippe CONTE et Patrick Maistre du CHAMON , Droit Pénal Général, 3e éd , Armand Colin , Paris. 1998. n° 397, p. 210 et 211.

Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC. op. cit. (٢) n°686, p.508.

Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC. op. cit., n° (٣) 684, p. 506.

يمكن أن يقع فيه الجاني ولا يستطيع تجنبه، ويتعلق هذان المثالان بالمعلومات الخاطئة التي تصدر من الإدارة ، وعدم نشر القانون. وإن كان عدم نشر القانون يبدو من الواضح كمبرر لوقوع الأفراد في غلط في القانون لأنه لم ينشر أصلا، وبالتالي استحالت قدرتهم على العلم به، أما بالنسبة للمعلومات الخاطئة التي تصدر من الإدارة فتحتمل التفصيل.

وتتعدد الفروض المتعلقة بإصدار الإدارة لمعلومات خاطئة من مجرد إرشادات تصدر من موظف محلي بواسطة التليفون حتى رد الوزير المكتوب عن سؤال برلماني، حيث ينشر هذا الرد في الجريدة الرسمية^(١). إذ إنه إذا كان من المقبول من ناحية تبرير الغلط في القانون الذي يقع فيه الجاني ويرتكب فعلا مجرما معتقدا مشروعيته بناء على علمه بهذا الرد الصادر من الوزير بمعلومات خاطئة وتسم نشره في الجريدة الرسمية، فإنه لا يمكن من ناحية أخرى قبول هذا التبرير بالغلط في القانون إذا كانت تلك المعلومات الخاطئة وردت في مجرد بيان أو برد من موظف بواسطة التليفون، حيث يجب أن يتحرى الجاني عن طبيعة الفعل المجرم الذي أقدم عليه، ولا يعتمد على مجرد مكالمة تليفونية ليجد المبرر لنفسه للإقدام على فعل مخالف للقانون. وبالطبع يوجد بين هذين المثالين المذكورين فروض أخرى قد تتمثل في منشورات ، أو خطاب برد لأحد الأشخاص يصدر من وزير أو إدارة أو غيرها .

ومع ذلك يبقى للمحاكم سلطتها في تقدير المبررات التي يبيدها الجاني والتي جعلته يعتقد بمشروعية فعله، وأوقعته بالتالي في غلط في القانون لم يتمكن بسبب تلك المبررات من تجنبه، وهذا ما يجب أن تحتاط

Frédéric DESPORTES et Francis LE GÜNEHEC. op. cit., n°(١)

685 . p. 507

المحاكم بصدد، ولا تعتمد إلا بالمبررات القوية التي تظمن لها حتى لا يتخذ هذا الأمر كذريعة لإهدار مبدأ افتراض العلم بالقانون تماما، وليس التخفيف من صرامته كما هدف بذلك المشرع الفرنسي من المادة ٣/١٢٢ التي اعتبرت الغلط في القانون الذي لا يمكن تجنبه أحد موانع المسؤولية، وهذا سيكون له أثره بلا شك بشأن تطبيق أحكام التشريعات البيئية المتعددة في فرنسا على نحو يجعل هذا التطبيق أقرب إلى واقع من تطبيق عليهم هذه التشريعات.

المبحث الثاني

مظاهر التخفيف من صرامة مبدأ افتراض العلم بالقانون في نطاق قانون البيئة المصري والكويتي.

تمهيد وتقسيم :

٤١- يتطلب تطبيق أغلب التشريعات الجنائية الخاصة ومنها قوانين البيئة، احترام بعض الأحكام الخاصة بها والتي كثيرا لا تخلوا من بعض التفاصيل التي يصعب أو يستحيل على الفرد العادي العلم بها حتى يستطيع مراعاتها. ولهذا يتجه المشرعون في تلك التشريعات إلى بعض الحيل القانونية والتي يستطيعون من خلالها مواجهة مبدأ افتراض العلم بالقانون باعتباره أيضا حيلة قانونية لا يمكن الاستغناء عنها. ومن هنا كانت محاولات المشرعين المختلفة التوفيق بين هذا المبدأ الذي تتطلب وجوده ضرورات واقعية، وبين ما يمكن أن يقلل أو يخفف من حدته على نحو يحقق لكل من المشرع والفرد الشعور بالاطمئنان تجاه القوانين التي تصدر وتكون حقا قابلة للتطبيق .

ومن هذا المنطلق فإنه باستعراض الأحكام الخاصة في كل من قانون البيئة المصري والكويتي، فإنه يمكن القول بوجود بعض مظاهر التخفيف من حدة مبدأ افتراض العلم بالقانون في كل من القانونين، وإن كان لكل مشرع أسلوبه الخاص في هذا الشأن. ومع ذلك فيمكن القول بأن هذه المظاهر جميعها قد وردت في كل من القانونين تقديرا من المشرعين لما يمكن أن يتسم به المخالف لأحكامه من حسن نية عند اقترافه للفعل المجرم بسبب جهله بأحكام القانون، أو عدم تعده مخالفة القانون، واستعداده لتصحيح أوضاعه المخالفة .

ويمكن القول بأن كلا من المشرع المصري والكويتي تبني أسلوبا

مختلفا عن الآخر لتحقيق نفس الهدف، فبينما اتجه المشرع المصري إلى منح المخالف لأحكام قانون البيئة لديه فرصة تصحيح أوضاعه المخالفة اتجه المشرع الكويتي إلى نظام الصلح بشأن المخالفات التى تقع لأحكام البيئة لديه وذلك على النحو الذى نعرض له فى المطلبين التاليين :-

المطلب الأول : تصحيح المخالفات فى قانون البيئة المصرى.

المطلب الثانى: الصلح فى قانون البيئة الكويتي.

المطلب الأول

تصحيح المخالفات فى قانون البيئة المصرى

٤٢- اتجه المشرع المصرى فى أكثر من موضع فى قانون البيئة إلى إلزام المخالف لبعض أحكام هذا القانون بتصحيح مخالفاته، والنسقبل أصلا مثل هذا التصحيح على نحو يجعلها متوافقة وما يتطلبه القانون. ولقد حاول المشرع المصرى للتخفيف من وطأة التطبيق الفورى لأحكام قانون البيئة على أصحاب الشأن، وذلك من خلال منحهم فرصة لتوفيق الأوضاع لديهم على نحو يتمشى وأحكام هذا القانون.

وعليه فيمكننا أن نعرض للعلاقة الوثيقة بين منح المشرع المصرى للمطالبين بتطبيق أحكام قانون البيئة مهلة معينة لتوفيق أوضاعهم من ناحية أولى، ومنحهم مهلة لتصحيح مخالفاتهم الأحكام هذا القانون من ناحية ثانية ، ثم نبين مظاهر تصحيح المخالفات ، وأخيرا نعرض للأثر القانوني لتصحيح المخالفات وذلك فى ثلاثة فروع على النحو التالي :-

الفرع الأول : العلاقة بين كل من منح المشرع المصرى مهلة لتوفيق الأوضاع ومهلة لتصحيح المخالفات.

الفرع الثاني : مظاهر تصحيح المخالفات فى قانون البيئة ولائحته التنفيذية.

الفرع الثالث : الأثر القانوني لتصحيح مخالفات المعايير الموضوعية للبيئة.

الفرع الأول

العلاقة بين كل من منح المشرع المصرى مهلة لتوفيق الأوضاع ومهلة لتصحيح المخالفات فى قانون البيئة

٤٣- تعد قابلية القانون للتطبيق إحدى أهم سماته التى يحاول المشرعون دائما مراعاتها عند إصدارهم للتشريعات المختلفة، فالقانون الذى يستحيل أو يصعب على الأفراد الالتزام بأحكامه، وبالتالي عدم تطبيقه يفقد للعدالة أو يفقد الأفراد الشعور بها .

ولهذا كان من المنطقي أن يحدد المشرع المصرى تاريخا لتطبيق أحكام قانون البيئة ولائحته التنفيذية بحيث يسمح لأصحاب الشأن بتوفيق أوضاعهم لئلا تتوافق وأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية، إذ تقتضى المادة الأولى من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون فى شأن البيئة^(١) بأنه "مع مراعاة القواعد والأحكام الواردة فى القوانين الخاصة، يعمل بأحكام القانون المرافق فى شأن البيئة. وعلى المنشآت القائمة وقت صدور هذا القانون توفيق أوضاعها وفقا لأحكامه خلال ثلاث سنوات

(١) الجريدة الرسمية العدد ٥ فى ١٩٩٤/٢/٣ .

اعتباراً من تاريخ نشر لائحته التنفيذية. وبما لا يخل بتطبيق أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ فى شأن حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث. ويجوز لمجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون البيئة مد هذه المهلة لمدة لا تجاوز عامين على الأكثر إذا دعت الضرورة ذلك وتبين لمجلس الوزراء جدية الإجراءات التى اتخذت فى سبيل تنفيذ أحكام القانون المرافق".

وقد خصت المادة الثانية من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٣٣٨ لسنة ١٩٩٥^(١) بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المشار إليه الإجراءات التى يلزم أن تتبعها المنشآت القائمة التى ترغب فى مد المهلة المقررة لتوفيق أوضاعها حيث عليها أن تتقدم بطلبها إلى جهاز شئون البيئة قبل سنة أشهر سابقة على نهاية مدة الثلاث سنوات المنصوص عليها فى المادة الأولى سالفه الذكر على أن يشتمل الطلب على مبررات المد، وما اتخذ من إجراءات لتطبيق أحكام هذه اللائحة. ويلتزم جهاز شئون البيئة بالتحقق من صحة البيانات المقدمة، ومدى جدية المنشأة فى تطبيق أحكام هذه اللائحة، ويرفع بذلك تقريراً مفصلاً ومدعماً بالمستندات إلى الوزير المختص بشئون البيئة لعرضه على مجلس الوزراء. وأخيراً يجوز لجهاز شئون البيئة أن يستعين عند إعداده للتقرير الخاص بالمد بخبراء ينتدبهم لهذا الغرض، ويتحمل طالب المد فى هذه الحالة بالتكاليف التى يقدرها الجهاز لهؤلاء الخبراء.

وهكذا قصد المشرع المصرى من منح مهلة للمنشآت القائمة لتوفيق أوضاعها على نحو يتفق وأحكام قانون البيئة ولائحته التنفيذية تهيئة أصحاب الشأن للمتطلبات القانونية الجديدة وعدم مفاجأتهم بأحكام قانونية

(١)الوقائع المصرية. العدد ٥١ (تابع) فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٩٥.

يلزم لمراعاتها تجهيز المنشآت واستعداد الأفراد لاستيعاب هذه الأحكام وتوفير كل ما يلزم توطئة لاحترامها.

ويمكن بناء على ما سبق القول بأنه ترد على نظام توفيق الأوضاع ملاحظتان:

٤٤- الأولى: إنه حسنا فعل المشرع المصري بتأكيد على ضرورة احترام كافة المنشآت لأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ فى شأن حماية نهر النيل والمجاري المائية، وبالتالي عدم تطبيق نظام توفيق الأوضاع على تلك المنشآت التى تصرف مخلفاتها فى نهر النيل أو المجارى المائية، إذ يجب أن تلتزم تلك المنشآت بالاشتراطات المنصوص عليها فى قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية وقانون البيئة دون أن يكون لها الحق فى الاستفادة من المهلة المخصصة للمنشآت الأخرى لتوفيق أوضاعها وذلك تقديرا من المشرع للمخاطر أو الأضرار التى يمكن أن تتعرض لها مياه نهر النيل أو المجارى المائية .

٤٥- الثانية : تتمثل فى انتهاء هذا النظام حيث انقضت بالفعل المدة المخصصة أصلا لتوفيق الأوضاع، وهى ثلاث سنوات منذ تاريخ نشر اللائحة التنفيذية (٢٨ فبراير ١٩٩٥) ، وكذلك انقضت أيضا مدة السنتين اللتين يجوز لمجلس الوزراء منحهما استثناء للمنشآت التى ترغب مد المهلة المقررة لتوفيق أوضاعها. وبالتالي تصبح جميع المنشآت القائمة الآن خاضعة لأحكام قانون البيئة ولائحته التنفيذية سواء تلك التى نجحت بالفعل فى توفيق أوضاعها أو تلك التى أغفلت ذلك الأمر ولم توفق أوضاعها وبالتالي فلم تحترم المواصفات أو الاشتراطات أو المعايير التى نص عليها قانون البيئة ولائحته التنفيذية مما يستلزم خضوعها للجوزاءات المقررة. ومع ذلك يبقى لديها فرصة أخرى تتمثل فيما قد تمنحه لها

الجهات المختصة من فرصة لتصحيح مخالفتها على النحو الذى نعرض له فى الفرع التالى .

الفرع الثانى

مظاهر تصحيح المخالفات فى قانون البيئة ولائحته التنفيذية

يتمثل التصحيح فى منح المشرع مهلة للمخالف لكى يصحح أو يعالج أفعاله المخالفة لقانون البيئة أو لائحته التنفيذية. وبهذا المعنى يمكن القول بأن تصحيح المخالفات قد ورد فى موضعين متميزين فى قانون البيئة، يتعلق أولهما بتصحيح مخالفات المعايير الموضوعية لحماية البيئة على النحو الذى نصت عليه المادة ٢٢ من قانون البيئة، وثانيهما يتعلق بمنح المنشأة الصناعية التى يصرح لها بتصريف المواد الملوثة القابلة للتحلل بعد معالجتها وذلك لمعالجة مخلفاتها لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة وذلك على النحو الذى نصت عليه المادة ٧١ من قانون البيئة.

ويبدو واضحاً فى الحالتين أن الأمر يتعلق بمنح المخالف مهلة معينة لتصحيح مخالفاته على نحو يتمشى مع المعايير الموضوعية. ولكن يعد تصحيح مخالفات المعايير الموضوعية لحماية البيئة طبقاً للمادة ٢٢ سألقة الذكر القاعدة العامة التى تمنح بناء عليها كافة المنشآت مهلة لمدة ستين يوماً لتصحيح مخالفاتها، أما بالنسبة لمعالجة مخلفات المنشآت الصناعية التى يصرح لها بتصريف مخلفاتها السائلة المعالجة طبقاً للمدة ٧١ حيث تمنح مهلة مدتها شهر لمعالجة مخلفاتها، فهى تعد استثناء لا يطبق إلا على هذا النوع فقط من المنشآت الصناعية فيما يتعلق بتصريف مخلفاتها، وذلك على النحو الذى سنعرض له فيما يلى بالتفصيل لبيان كل

من القاعدة العامة في التصحيح والاستثناء الوارد عليها.

أولاً: القاعدة العامة بشأن تصحيح مخالفات المعايير الموضوعة لحماية البيئة:

٤٧- وردت هذه القاعدة العامة بالمادة ٢٢ من قانون البيئة^(١) والتي تلزم صاحب المنشأة طبقاً لأحكام هذا القانون بالاحتفاظ بسجل لبيان تأثير نشاط المنشأة على البيئة، وتخص جهاز شئون البيئة بمتابعة بيانات هذا السجل للتأكد من مطابقتها للواقع، وأخذ العينات اللازمة، وإجراء الاختبارات المناسبة لبيان تأثير نشاط المنشأة على البيئة، وتحديد مدى التزامها بالمعايير الموضوعة لحماية البيئة بحيث إذا تبين وجود أية مخالفات يقوم الجهاز بإخطار الجهة الإدارية المختصة لتكليف صاحب المنشأة بتصحيح هذه المخالفات على وجه السرعة، فإذا لم يتم بذلك خلال ستين يوماً يكون للجهاز بالاتفاق مع الجهة الإدارية المختصة اتخاذ الإجراءات القانونية والقضائية اللازمة لوقف النشاط المخالف، والمطالبة بالتعويضات المناسبة لمعالجة الأضرار الناشئة عن هذه المخالفات.

ويبدو من صياغة المادة ٢٢ سائلة الذكر رغبة المشرع في منح أصحاب المنشآت الخاضعة لأحكام قانون البيئة ولائحته التنفيذية - فيما عدا المنشآت الصناعية التي يصرح لها بتصريف مخلفاتها المعالجة - فرصة لتصحيح الأفعال المخالفة التي يحددها لهم الموظفون المختصون بجهاز شئون البيئة، والذين يكون لهم طبقاً لهذه المادة مراقبة كافة الأنشطة التي تقوم بها هذه المنشآت لتحديد مدى التزامها بالمعايير الموضوعة لحماية البيئة. وهذه المعايير متعددة ومتنوعة، فمنها ما يتعلق ببيئة العمل والبيئة الداخلية وما يتعلق بذلك من معايير خاصة بالحرارة أو

(١) راجع ما سبق بند ٢٢.

الضوضاء أو الغازات التي يمكن أن يتعرض لها العاملون، وأيضا معايير واشتراطات خاصة بتداول المواد الكيميائية والنفايات الخطرة والمنزلية، وأيضا ما يتعلق بحماية التربة والهواء الخارجي والبيئة المائية والملاحية والحياة الفطرية.

وبسبب تعدد هذه المعايير وتنوعها واحتمال أن تلتزم المنشأة الصناعية الواحدة بمجموعة من هذه المعايير مما قد يصعب عليها تطبيقها، يصبح نظام التصحيح ومنح مهلة لمعالجة المخالفات أمرا ضروريا من ناحيتين : أولهما ضمان توافق نشاط المنشأة والمعايير الموضوعه لحماية البيئة، مما يكون له أثره الإيجابي على صحة العاملين بها أو المتأثرين بنشاطها بصفة عامة. وثانيهما تشجيع أصحاب الشأن على مراعاة أحكام قانون البيئة ولائحته التنفيذية من خلال إعطائهم الفرصة لتصحيح مخالفاتهم، وبالتالي تقوية روح التعاون بين أصحاب الشأن والموظفين المختصين بتطبيق أحكام القانون ولائحته.

ثانيا: الاستثناء الخاص بتصحيح مخالفات المنشآت الصناعية المصرح لها بتصريف مخلفاتها المعالجة في البيئة المائية

الأصل كما عرضنا له أنفاً يتمثل في منح كافة المنشآت الخاضعة لقانون البيئة لمهلة منتهى ستون يوما لتصحيح مخالفاتها للمعايير الموضوعه لحماية البيئة، وقد استثنى المشرع المصرى من هذا الأصل المنشآت الصناعية المصرح لها لتصحيح مخالفاتها، إذ لم يمنحها إلا مدة قدرها شهر لمعالجة مخلفاتها التي تصرفها في البيئة المائية إذ ثبتت مخالفتها للمعايير الموضوعه لحماية البيئة المنصوص عليها باللائحة التنفيذية. إذ تحيل المادة ٧١ من قانون البيئة على اللائحة التنفيذية لهذا القانون لتحديد المواصفات والمعايير التي تلتزم بها المنشآت الصناعية

التي يصرح بها بتصريف المواد الملوثة القابلة للتحلل وذلك بعد معالجتها، وكذلك لتحديد الجهة الإدارية المختصة بإجراء تحليل دورى فى معاملها لعينات المخلفات السائلة للمعالجة، وإخطار الجهات المختصة بنتيجة التحليل. ويمنح صاحب الشأن فى حالة المخالفة مهلة مدتها شهر واحد لمعالجة المخلفات لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة. فإذا لم تتم المعالجة خلال هذه المهلة أو ثبت من التحليل خلالها أن استمرار الصرف من شأنه إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة المائية، يوقف التصريف بالطريق الإداري، ويسحب الترخيص الصادر للمنشأة، وذلك دون الإخلال بالعقوبات الواردة بهذا القانون. كما أحالت المادة ٧١ سالفه الذكر على اللائحة التنفيذية لتحديد المواد الملوثة غير القابلة للتحلل والتي يحظر على المنشآت الصناعية تصريفها فى البيئة المائية.

وقد حددت المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة المواصفات والمعايير الخاصة بتصريف المنشآت الصناعية للمواد الملوثة القابلة للتحلل فى البيئة المائية والشواطئ المناخمة وذلك بالملحق رقم (١) من هذه اللائحة كما اختصت هذه المادة معامل وزارة الصحة لإجراء التحليل الدورى فى معاملها لعينات المخلفات السائلة للمعالجة، وإخطار الجهات الإدارية المختصة بنتيجة التحليل. كما حددت هذه المادة أيضا المواد الملوثة غير القابلة للتحلل التى يحظر على المنشآت الصناعية تصريفها فى البيئة المائية وذلك بالملحق رقم (١٠).

وترد على كل من المادتين ٧١ من قانون البيئة و ٥٨ من لائحته التنفيذية سالفتي الذكر ملاحظتان تؤكد الطبيعة الاستثنائية بشأن تصريف المنشآت الصناعية لمواد ملوثة قابلة للتحلل ومعالجة فى البيئة المائية

وهما:-

الملاحظة الأولى:

٤٩- إنه لا يطبق نظام توفيق الأوضاع طبقا لقانون البيئة^(١) على المنشآت الصناعية التي يصرح لها بتصريف مخلفاتها في نهر النيل والمجاري المائية، وذلك على النحو الذي عرضنا له آنفا^(٢)، وهذا خلافا للمنشآت الصناعية الأخرى التي يطبق عليها نظام توفيق الأوضاع وتمنح بالتالي مهلة قدرها ثلاث سنوات يمكن مدها لمدة سنتين بقرار من مجلس الوزراء وذلك من أجل توفيق أوضاعها حتى يمكنها تطبيق متطلبات قانون البيئة ولائحته التنفيذية .

وعلى الرغم من حرمان المنشآت التي يصرح لها بصرف مخلفاتها في نهر النيل أو مجاري المياه من نظام توفيق الأوضاع إلا أن القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ في شأن حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث^(٣) أقد منحها مهلة (ثلاثة أشهر) تزيد أصلا عن تلك المهلة التي تمنحها المادة ٧١ من قانون البيئة المشار إليها سابقا وهي مدة شهر وذلك لمعالجة مخلفاتها التي ثبت مخالفتها للمواصفات والمعايير المحددة. وهذا قد يبدو أمرا مستغربا ، إذ أن صاحب الشأن يمنح في هذه الحالة الأخيرة مهلة أقل من تلك التي يمنحها قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث على الرغم من تعاضم خطورة مخلفات المنشآت للصناعية التي

(١) يلاحظ أنه قد سبق وأن منحت المادة ٤/فقرة أخيرة من قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث المنشأت القائمة وقت صدور هذا القانون مهلة عام من تاريخ العمل به لتكبير وسيلة لمعالجة مخلفاتها وإلا سحب الترخيص الممنوح لها، ولوزارة الري في هذه الحالة اتخاذ الإجراءات اللازمة لوقف الصرف على مجاري المياه بالطريق الإداري ودون الإخلال بالعقوبات الواردة في هذا القانون.

(٢) راجع ما سبق بند ٤٤ .

(٣) الجريدة الرسمية في ٢٦ يولية ١٩٨٢ - العدد ٢٥ (مكررا) .

يسمح بتصريفها فى نهر النيل والمجاري المائية عن خطورة تلك
المخلفات التى يسمح بتصريفها فى مياه البحر .

فإن كان الأصل طبقا للمادة الثانية من قانون حماية نهر النيل
والمجاري المائية من التلوث هو حظر صرف أو إلقاء المخلفات الصلبة
أو السائلة أو الغازية من العقارات والمحال والمنشآت التجارية والصناعية
والسياحية ومن عمليات الصرف الصحي وغيرها من مجارى المياه^(١)
على كامل أطوالها ومسطحاتها ، إلا أنه يجوز بعد الحصول على
ترخيص من وزارة الرى فى الحالات ووفقا لضوابط ومعايير محددة. كما
أنه لا يجوز طبقا للمادة الرابعة من نفس القانون المذكور التصريح بإقامة
منشآت ينتج عنها مخلفات تصريف فى مجارى المياه. ومع ذلك يجوز
لوزارة الرى دون غيرها- عند الضرورة وتحقيقا للصالح العام-
التصريح بإقامة هذه المنشآت إذا التزمت الجهة المستخدمة لها بتوفير
وحدات لمعالجة هذه المخلفات بما يحقق للمواصفات والمعايير المحددة
وفقا لأحكام هذا القانون ، على أن يبدأ تشغيل وحدات المعالجة فور بدء
الاستفادة بالمنشآت.

(١) وطبقا للمادة الأولى من قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث

تعتبر من مجاري المياه فى تطبيق أحكام هذا القانون:

أ-مسطحات المياه العذبة وتشمل :

١-نهر النيل وفروعه والأخوار.

٢-الرياحات والترع بجميع درجاتها والجنايات .

ب-مسطحات المياه غير العذبة وتشمل :

١-المصارف بجميع درجاتها.

٢-البحيرات.

٣-البرك والمسطحات المائية المغلقة والسباحات.

ج-خزانات المياه الجوفية.

وتجرى وزارة الصحة طبقاً للمادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة والمادة (٣) من قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية فى معاملها تحليلاً دورياً لعينات من المخلفات السائلة المعالجة من المنشآت المصرح لها بالصرف فى مجاري المياه ثم تخطر وزارة الرى وصاحب الشأن بنتيجة التحليل .

ويتربط على نتيجة هذا التحليل أحد فرضين، أولهما يتضمن اختلافاً للوضع بين قانون البيئة وقانون حماية نهر النيل والمجاري المائية، وثانيهما يتشابه فيه الوضع فى هذين القانونين. ويتمثل هذان الفرضان فيما يلي :

الفرض الأول : إذا كانت نتيجة التحليل غير مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة قانوناً .

٥٠-يمنح فى هذه الحالة صاحب الشأن - طبقاً للمادة ٧١ من قانون البيئة- مهلة منها شهر واحد لمعالجة المخلفات لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة. ويلاحظ أن هذا النص لا يطبق إلا على المنشآت الصناعية الخاضعة لهذا القانون والمصرح لها فقط بتصريف مخلفاتها المعالجة فى البيئة المائية، والتي لا تشمل المنشآت الصناعية المصرح لها بصرف مخلفاتها فى نهر النيل أو مجاري المياه حيث تخضع هذه المنشآت للأحكام الواردة فى قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث، وهذا ما أكدته المادة الأولى من القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون فى شأن البيئة عندما قضت بأن يعمل بأحكام هذا القانون.. وبما لا يخل بتطبيق أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ فى شأن حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث.

وما يؤكد هذا أن المواصفات والمعايير الخاصة بالمخلفات الصناعية السائلة المعالجة المصرح بصرفها في نهر النيل والمجاري المائية والمحددة بالمادة ٦١ من اللائحة التنفيذية^(١) لقانون حماية نهر النيل والمجاري المائية من التلوث المشار إليه آنفا تعد أكثر صرامة من تلك المواصفات والمعايير الخاصة بالمخلفات الصناعية السائلة المعالجة المصرح بصرفها في البيئة البحرية^(٢) والواردة في الملحق رقم (١) من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة .

ومن هنا يبدو واضحا وجه الغرابة الذي أشرنا له آنفا، إذ إنه فى حالة عدم مطابقة المخلفات السائلة للمصرح بصرفها في نهر النيل أو المجاري المائية للمعايير والمواصفات المحددة يمنح صاحب الشأن مهلة قدرها ثلاثة شهور هذا على الرغم من منح صاحب الشأن مهلة قدرها شهر فى حالة عدم مطابقة المخلفات السائلة المصرح بصرفها فى مياه البحر للمعايير والمواصفات المحددة فى قانون البيئة. وهنا لابد من تدخل تشريعي يجعل المهلة الممنوحة لصاحب الشأن لمعالجة المخلفات السائلة التى تصرف فى نهر النيل أو المجاري المائية تتساوى على الأقل مع تلك الممنوحة لصاحب الشأن لمعالجة المخلفات السائلة التى تصرف فى مياه البحر. إذ لا يغيب عن أحد مدى أهمية الحد من تلوث مياه نهر النيل الذى يعد المصدر الأساسى لمياه الشرب. ولا يجب أن يشفع للرد على هذا المطلب القول بأنه لا تمنح مهلة الثلاثة أشهر لمعالجة المخلفات التى

(١) الوقائع المصرية العدد ٣١ فى ١٩٨٣/٢/٥ .

(٢) ويلاحظ أن المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة تتكلم عن التصريف فى البيئة المائية وهى مصطلح أشمل وأعم من البيئة البحرية التى وردت بالملحق رقم (١) وإن كان المصطلح الأخير أدق على أساس أن قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية اهتم بكل ما يتعلق بالتصريف فى البيئة المائية (حتى البحيرات) فيما عدا ما يتعلق بالصرف فى البحر.

تصرف فى نهر النيل والمجارى المائية إلا إذا كانت مخالفتها للمعايير والمواصفات المحددة لا تمثل خطورة فورية،^(١) إذ إن مجرد مخالفة المعايير والمواصفات المحددة من قبل وزارة الصحة يعنى أن صرف المخلفات السائلة المخالفة لهذه المعايير والمواصفات يمثل خطرا على صحة الإنسان والنبات والحيوان حتى ولو لم يتحقق ضرره مباشرة، ولكن يبقى خطره قائما. هذا فضلا على أنه لم يحدد لنا القانون أو لائحته التنفيذية متى تمثل مخالفة المخلفات المصرح بها للمعايير والمواصفات المحددة خطورة فورية، وهذا أمر من الخطورة بمكان بحيث يجب ألا يترك لمسلطة تقديرية.

٥١- الفرض الثانى : يتعلق بالحالة التى لا تتم فيها معالجة

المخلفات السائلة خلال المهلة الممنوحة، أو ثبت من التحليل خلالها أن استمرار الصرف من شأنه إلحاق أضرار بالبيئة المائية. ففى هذه الحالة يتشابه الوضع فى كل من قانون البيئة وقانون حماية نهر النيل والمجارى المائية من التلوث، إذ إنه إذا لم تتم معالجة المخلفات الصناعية السائلة المصرح بصرفها فى مياه البحر فى خلال شهر أو تلك المخلفات المصرح بصرفها فى نهر النيل أو المجارى المائية فى خلال ثلاثة أشهر، أو ثبت من التحليل خلال هاتين المهلتين أن استمرار الصرف من شأنه إلحاق أضرار بالبيئة المائية، فإنه فى هاتين الحالتين يوقف التصريف بالطريق الإدارى ويسحب الترخيص الصادر للمنشأة، وذلك طبقا لما

(١) إذ إن المادة الثالثة من قانون حماية نهر النيل والمجارى المائية من التلوث تقضى فى فقرتها الأخيرة بأنه " إذا تبين من نتيجة تحليل العينات أنها تخالف المواصفات والمعايير المحددة وفقا لأحكام هذا القانون وبصورة تمثل خطرا فوريا على تلوث مجارى المياه، فيخطر صاحب الشأن بإزالة مسببات الضرر فورا وإلا قامت وزارة الرى بذلك على نفقته، أو قامت بسحب الترخيص الممنوح له ووقف الصرف على مجارى المياه بالطريق الإدارى " .

تقضى به كل من المادة ٧١ من قانون البيئة و ٣ / ٤ من قانون حماية
نهر النيل والمجاري المائية من التلوث .

الملاحظة الثانية : مدى الإلتزام بمنح مهلة لصاحب الشأن لتصحيح
مخالفاته.

٥٢- تنور هذه الملاحظة أساسا حول تساؤل يتعلق بمدى سلطة
الجهة المختصة فى منحها مهلة لصاحب الشأن لتصحيح مخالفاته، أو
بمعنى آخر هل تعد هذه الجهة المختصة ملزمة فى جميع الأحوال بمنح
مهلة للمخالف لتصحيح مخالفاته إذا اتضح عدم التزامه بالمعايير
الموضوعة المحددة لحماية البيئة، أم إنه يجوز لها أن ترفض أن تمنحه
هذه المهلة، وبالتالي تتخذ قبله مباشرة الإجراءات القانونية اللازمة؟

تؤكد الإجابة على هذا التساؤل الطبيعة الاستثنائية فيما يتعلق
بتصرف المنشآت الصناعية مخلفاتها السائلة المعالجة فى البيئة المائية،
وبالتالى تميزها بأحكام خاصة عن القاعدة العامة فى تصحيح المخالفات
غير المطابقة للمعايير الموضوعة لحماية البيئة. ويمكن أن نعرض
للإجابة على هذا التساؤل من ناحيتين على النحو التالى :-

الناحية الأولى:

٥٣- تتعلق بقصد المشرع الواضح بإلزام الجهات الإدارية
المختصة فى منح المخالف مهلة طبقا للمادة ٢٢ من قانون البيئة الخاصة
بالقاعدة العامة بشأن تصحيح مخالفات المعايير الموضوعة لحماية البيئة .
إذ تقضى هذه المادة بأنه " فإذا تبين وجود أية مخالفات يقوم الجهاز
بإخطار الجهة الإدارية المختصة لتكليف صاحب المنشأة بتصحيح هذه
المخالفات على وجه السرعة، فإذا لم يقم بذلك خلال ستين يوما يكون
للجهاز بالاتفاق مع الجهة الإدارية المختصة إتخاذ الإجراءات القانونية.."

وبالتالي فإنه إذا تبين لموظفي جهاز شئون البيئة المختصين ممن لهم صفة الضبطية القضائية طبقاً للمادة ١٠٢ من قانون البيئة وجود مخالفات للمعايير الموضوعة لحماية البيئة بسبب ما تمارسه المنشأة من أنشطة إنتاجية أو غيرها، فإنه يجب على هؤلاء إخطار جهاز شئون البيئة طبقاً للمادة ١٠٤ من قانون البيئة حتى يتسنى لهذا الجهاز إتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة. وتتمثل تلك الإجراءات طبقاً للمادة ٢٢ من قانون البيئة سالفة الذكر فى التزام جهاز شئون البيئة بإخطار الجهة الإدارية المختصة والتي تلتزم بدورها بتكليف صاحب الشأن بتصحيح مخالفاته.

وقد أكدت على هذا الالتزام المادة ١٨ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة عندما تطلبت قيام جهاز شئون البيئة بإخطار الجهة الإدارية المختصة لتكليف صاحب الشأن المنشأة بخطاب مسجل بعلم الوصول بتصحيح مخالفاته على وجه السرعة بحسب ما تقتضيه أصول الصناعة. ويقصد بهذا الخطاب حساب بداية مدة الستين يوماً التي يلتزم خلالها المخالف بتصحيح مخالفاته.

أما بالنسبة للمنشآت الصناعية المصرح لها بصرف مخلفاتها السائلة المعالجة فى البيئة المائية ومنحها مهلة قدرها شهر لمعالجة مخلفاتها إذا تبين عدم مطابقتها للمعايير المحددة . فالأمر هنا ليس بالوضوح الذى عليه بالنسبة للقاعدة العامة فى التصحيح سالفة الذكر فى شأن مدى التزام الجهة الإدارية المختصة بمنح المهلة المحددة لصاحب الشأن المخالفة .

فى حين يبدو واضحاً من نص المادة ٧١ من قانون البيئة التزام الجهة الإدارية المختصة بمنح المخالف المهلة المحددة وذلك عندما قضت بأنه .. فى حالة المخالفة بمنح صاحب الشأن مهلة مدتها شهر واحد

لمعالجة المخلفات لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة... : إلا أن المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية لقانون البيئة استعملت ألفاظا وعبارات يبدو منها أن للجهة الإدارية المختصة السلطة التقديرية فى منح المهلة المحددة، أو رفض ذلك الأمر، وبالتالي إتخاذ الإجراءات القانونية مباشرة، إذ تنص هذه المادة فى فقرتها الثالثة على أنه " وفى حالة عدم مطابقة نتيجة التحليل للمواصفات والمعايير المنصوص عليها فى الملحق رقم (١) يخطر جهاز شئون البيئة لاتخاذ الإجراءات الإدارية بالاشتراك مع الجهة الإدارية المختصة للنظر فى منح صاحب الشأن المرخص له بممارسة نشاطه وفقا لأحكام هذه اللائحة مهلة مدتها شهر واحد لمعالجة المخلفات لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة".

وهكذا فقد أنت اللائحة التنفيذية بحكم جديد يختلف عما يقضى به قانون البيئة ، لأنه معنى أن تنظر الجهة المختصة فى منح صاحب الشأن مهلة أنها مخيرة فى أن تمنحه هذه المهلة أو ترفض ذلك، وبالتالي فإنها إذا رفضت منحه تلك المهلة بناء على نص فى اللائحة التنفيذية عد قرارها غير مشروع لأنه يخالف القانون الذى أوجب عليها منح مهلة لصاحب الشأن المخالف. ولهذا فالأمر يقتضى تعديل نص المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية حتى يتمشى وأحكام المادة ٧١ من قانون البيئة. ومع ذلك فإنه إذا استوجب على الإدارة منح مهلة لمعالجة المخلفات إلا أنها لا تلتزم بهذه المدة ، إذ يمكنها أن تتخذ الإجراءات اللازمة قبل انقضاء هذه المهلة إذا تثبت خلالها أن استمرار الصرف من شأنه إلحاق الضرر بالبيئة المائية وذلك على النحو الذى سنعرض له فيما يلي .

الناحية الثانية :

٥٤- تتعلق هذه الناحية بإحدى نقاط الاختلاف بين القاعدة العامة فى

تصحيح المخالفات غير المطابقة للمواصفات والمعايير المحددة طبقاً للمادة ٢٢ من قانون البيئة، والاستثناء الوارد على هذه القاعدة المتعلق بتصحيح (معالجة) المخالفات المتعلقة بتصريف المخلفات السائلة المعالجة غير المطابقة للمواصفات والمعايير المحددة في البيئة المائية طبقاً للمادة ٧١ من قانون البيئة المشار إليها سابقاً.

إذ إنه في الحالة الأولى المتعلقة بالقاعدة العامة فإنه يمنح صاحب الشأن المخالف مهلة قدرها ستون يوماً لتصحيح مخالفاته، وطبقاً للمادة ٢٢ من قانون البيئة فإنه يجب أن تنتظر الإدارة في كل الأحوال انقضاء هذه المهلة كاملة حتى يمكنها أن تتدخل وتتخذ الإجراءات القانونية قبل صاحب الشأن المخالف إذا استمرت المنشأة تمارس نشاطها على نحو يخالف المواصفات والمعايير الموضوعة لحماية البيئة. وهذا هو ما يبدو واضحاً من خلال هذه المادة والتي تقضى بأنه " ... فإذا لم يتم بذلك (التصحيح) خلال ستين يوماً يكون للجهاز بالاتفاق مع الجهة الإدارية المختصة اتخاذ الإجراءات القانونية والقضائية اللازمة لوقف النشاط المخالف والمطالبة بالتعويضات المناسبة لمعالجة الأضرار الناشئة عن هذه المخالفات" .

أما بالنسبة للحالة الثانية المتعلقة بالاستثناء الخاص بتصريف المخلفات السائلة المعالجة للمنشآت الصناعية المصرح لها بذلك طبقاً للمادة ٧١ من قانون البيئة، فالأمر هنا يختلف عن الوضع في الحالة الأولى لأنه لا تلزم الإدارة هنا بانتظار انقضاء المهلة المحددة وقدرها شهر واحد حتى تتدخل وتتخذ الإجراءات القانونية اللازمة وإنما يمكنها ذلك طبقاً للمادة ٧١ من قانون البيئة والتي تقضى بأنه " .. فإذا لم تتم المعالجة خلال المهلة المشار إليها (شهر واحد) أو ثبت من التحليل خلالها إن

استمرار الصرف من شأنه إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة المائية، يوقف التصريف بالطريق الإداري ويسحب الترخيص الصادر للمنشأة.."

ويبدو لنا أن هذا التباين بين الحالتين غير مبرر، إذ يلزم أن يتم توحيد الإجراء في هاتين الحالتين على نحو يسمح للجهة الإدارية المختصة أن تتخذ الإجراءات القانونية اللازمة أثناء المهلة التي تمنحها لصاحب الشأن لتصحيح مخالفاته كما هو الوضع في الحالة الثانية المتعلقة بتصحيح مخالفات الصرف في البيئة المائية التي يكون للجهة المختصة أن تتدخل خلال المهلة الممنوحة، ودون أن تلتزم بالانتظار حتى تنتهي المهلة كما هو الحال في الحالة الأولى المتعلقة بتصحيح المخالفات غير المطابقة للمعايير الموضوعة لحماية البيئة . إذ أن الأخطار التي تتعرض لها بيئة العمل أو البيئة الداخلية أو الهواء الخارجي أو التربة ليست أقل شأناً من تلك الأخطار التي تتعرض لها البيئة المائية.

كما تجدر الإشارة في هذا المجال إلى أهمية تبني الاقتراح السابق في نطاق قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية، إذ تلتزم الإدارة أيضاً بالمهلة التي تمنحها فلا تستطيع للتدخل إلا بعد انقضاءها ، حيث تقضى المادة ٣ / ٤ من هذا القانون بأنه " إذا لم تتم المعالجة عند انتهاء مهلة الثلاثة أشهر أو ثبت عدم صلاحيتها قامت وزارة الري بسحب الترخيص الممنوح لصاحب الشأن ووقف الصرف على مجاري المياه بالطريق الإداري " وخاصة أن الأمر قد يمتد لأكثر من هذه المهلة حيث تقوم وزارة الري طبقاً للمادة ٢٩ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون بإخطار وزارة الصحة لتتولى أخذ عينة جديدة في اليوم التالي لانتهاء الثلاثة أشهر لتحليلها وإخطار وزارة الري بنتيجة التحليل والرأى النهائي لوزارة الصحة بشأنها. وهنا يلزم على الأقل أن يكون لوزارة الري المختصة

بمنح المهلة لتصحيح مخالفات المنشآت الصناعية المصرح لها بالصرف في نهر النيل أو المجاري أن تتدخل لاتخاذ ما يلزم خلال هذه المهلة بحيث لا تلتزم بانتظار انقضاء هذه المهلة، ولهذا يكون لها نفس سلطة الجهة الإدارية المختصة بحماية مياه البحر من التلوث من المخلفات السائلة المعالجة المخالفة للمعايير المحددة، إذ أنه كما سبق القول فمياه نهر النيل ليست أقل شأنًا من مياه البحر من حيث تأثيرها على الإنسان والحيوان والنبات.

الفرع الثالث

الأثر القانوني لتصحيح مخالفات المعايير الموضوعة للبيئة

يعد تصحيح أو معالجة ما يترتب عليه من آثار خطيرة أو ضارة في مجال التشريعات البيئية مطلباً ضرورياً طالما أمكن تحقيق ذلك. وهذا ما يحرص عليه المشرعون في هذا المجال، واستعملوا في ذلك ألفاظاً عدة تمثلت سواء في تصحيح أو معالجة أو إزالة أو رد الشيء إلى أصله... إلى آخر هذه الألفاظ التي يقصد منها الحفاظ على البيئة سليمة ونظيفة .

ولكن يبقى التساؤل المطروح في هذا المجال يدور حول الأثر القانوني لمثل تلك الأمور التي يكلف بها صاحب الشأن المخالف من ناحية مدى خضوعه للجزاءات الجنائية المقررة، وخاصة إذا نفذ ما كلف به من قبل الجهات المختصة من تصحيح أو معالجة لمخالفاته للمعايير المحددة للبيئة.

بداية لا يمكن إنكار أن مجرد مخالفة المعايير المحددة لحماية البيئة والمعاقب عليها في قانون البيئة تعد جريمة قبل صاحب الشأن المخالف حتى ولو استنطاق مستقلاً تصحيح أو معالجة مخالفاته. ولكن باعتبار

جرائم تلويث البيئة من الجرائم التنظيمية التي قد لا يعلم بها الكثير، وحتى من يعلم بها يستهين بها، وقد يقدم على اقترافها دونما أن يشعر بأن سلوكه هذا منافي للأخلاق أو الدين، كل هذا يقتضى معاملة تشريعية خاصة يستهدف بها المشرع انتظام المصلحة العامة محل الحماية الجنائية بقدر يزيد عن رغبته في عقاب من يمسه.

وبالفعل ضمن المشرع المصرى فى قانون البيئة فكرتي تصحيح ومعالجة مخالفات أحكام هذا القانون. ومع ذلك يبقى أمر خضوع المخالف الذى قام بالتصحيح محلاً للتساؤل ، مما يقتضى أن تعرض فيما يلي لكل من الأثر القانوني للقاعدة العامة لتصحيح مخالفات المعايير المحددة لحماية البيئة الواردة فى المادة ٢٢ من قانون البيئة، والاستثناء المتعلق بمعالجة المخلفات السائلة للمنشآت الصناعية التى بصرح لها بالصرف فى البيئة المائية طبقاً للمادة ٧١ من نفس القانون.

أولاً: الأثر القانوني لتصحيح مخالفات المعايير المحددة لحماية البيئة طبقاً للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٢٢ من قانون البيئة :

٥٦-تسمح المادة ٢٢ من قانون البيئة- وعلى النحو الذى عرضت له سلفاً فى أكثر من موضع- لصاحب الشأن المخالف بتصحيح مخالفاته الناشئة عن عدم التزامه بالمعايير الموضوعية لحماية البيئة. ويكشف نص هذه المادة عن رغبة المشرع فى الاكتفاء بتصحيح المخالف لكافة مخالفاته دون حاجة إلى خضوعه لإجراءات أخرى تنتهى بتوقيع العقاب عليه. إذ تقتضى هذه المادة بأنه " .. إذا تبين وجود أية مخالفات يقوم الجهاز (جهاز شئون البيئة) بإخطار الجهة الإدارية المختصة لتكليف صاحب المنشأة بتصحيح هذه المخالفات على وجه السرعة، فإذا لم يتم ذلك خلال سنتين يوماً يكون للجهاز بالاتفاق مع الجهة الإدارية المختصة اتخاذ

الإجراءات القانونية والقضائية اللازمة لوقف النشاط المخالف والمطالبة بالتعويضات المناسبة لمعالجة الأضرار الناشئة عن هذه المخالفات".

وقد يؤكد توقف الإجراءات قبل صاحب الشأن المخالف الذي يلتزم بتصحيح مخالفاته على النحو السابق إنه لم يرد في نص المادة ٢٢ سائلة الذكر عبارة " وذلك دون الإخلال بالعقوبات الواردة بهذا القانون" والتي وردت في المادة ٧١ من قانون البيئة فيما يتعلق بمعالجة مخلفات المنشآت على النحو الذي سأعرض له فيما يلي :

ثانياً: الأثر القانوني لتصحيح أو معالجة المخلفات السائلة للمنشآت الصناعية

٥٧- تناولت بيان هذا الأثر - وعلى نحو غير واضح - المادة ٧١ م قانون البيئة التي عرضنا لها آنفاً، والمتعلقة بالمنشآت الصناعية التي يصرح لها بتصريف مخلفاتها السائلة المعالجة في البيئة المائية. إذ تنص هذه المادة بأنه " . في حالة المخالفة يمنح صاحب الشأن مهلة مدتها شهر واحد لمعالجة المخلفات لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة. فإذا لم تتم المعالجة خلال المهلة المشار إليها أو ثبت من التحليل خلالها إن استمرار الصرف من شأنه إلحاق أضرار جسيمة بالبيئة المائية، يوقف التصريف بالطريق الإداري ويسحب الترخيص الصادر للمنشأة وذلك دون الإخلال بالعقوبات الواردة بهذا القانون " .

ويمكن القول بأن مجرد قيام صاحب الشأن المخالف بتصحيح مخالفاته وذلك بمعالجة المخلفات السائلة على نحو يتمشى والمواصفات والمعايير الموضوعية يأخذ حكم القاعدة العامة في تصحيح مخالفات أحكام قانون البيئة المشار إليها آنفاً بحيث تتوقف الجهة الإدارية المختصة عن اتخاذ أي إجراء يمكن أن يؤدي في النهاية لخضوع صاحب الشأن الذي

التزم بالتصحيح للعقاب، ويمكن التلذذ على ذلك من خلال الفكرتين
التاليتين :

٥٨- الأولى: إنه يبدو من نص المادة ٧١ سائلة الذكر أن عبارة
"وذلك دون الإخلال بالعقوبات الواردة بهذا القانون " تتسحب فقط على
الحالة التي لا يلتزم فيها صاحب الشأن المخالف بمعالجة مخلفات منشأته
فى خلال المهلة التي منحت له، أو ثبت من التحليل خلالها مدى جسامه
الأضرار التي ستلحق بالبيئة المائية إن استمر صرف هذه المخلفات.
كما يلاحظ أيضا أن المشرع لم يقرر لمخالفة المادة ٧١ المشار إليها أية
عقوبة بشكل مباشر، وعلى النحو الذي اتبعه فى تقرير العقوبات المختلفة
لمخالفة أحكام قانون البيئة ، ومع ذلك فالعقوبة المقررة لمخالفة المادة ٧١
المشار إليها يمكن أن نجدها فى المادة ٨٧ من قانون البيئة، والتي تعلقب
على مخالفة حكم المادة ٦٩ من نفس القانون التي تحظر على جميع
المنشآت بما فى ذلك المحال العامة والمنشآت التجارية والصناعية
والسياحية والخدمية تصريف أو إلقاء أية مواد أو نفايات أو سوائل غير
معالجة من شأنها إحداث تلوث فى الشواطئ المصرية أو المياه المتاخمة
لها، سواء تم ذلك بطريقة إرادية أو غير إرادية، مباشرة أو غير مباشرة،
ويعتبر كل يوم من استمرار التصريف المحظور مخالفة منفصلة .

الثالثية:تعتمد على ما يمكن استنتاجه من قانون حماية نهر النيل
والمجارى المائية، والذي أكد قانون البيئة على عدم الإخلال بأحكامه فى
أكثر من موضع . إذ إن هذا القانون لم يقرر جزاء إلا فى حالة عدم
إلتزام صاحب الشأن المخالف بتصحيح مخالفاته ومعالجة مخلفات منشأته
المصرح له بتصريفها فى نهر النيل والمجارى المائية ، حيث تميز المادة
الثالثة من هذا القانون بين حالتين تتعلقان بتصريف المنشأة الصناعية

لمخلفات سائلة غير مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة وذلك من حيث مدى خطورتها الفورية على تلوث مجارى المياه وهما:

١-إذا تبين من نتيجة تحليل هذه المخلفات غير المطابقة للمواصفات والمعايير المحددة أن تصرفها فى مجارى المياه لا يمثل خطورة فورية ، يمنح هنا صاحب الشأن المخالف مهلة ثلاثة أشهر يجب عليه خلالها أن يتخذ وسيلة لعلاج هذه المخلفات لتصبح مطابقة للمواصفات والمعايير المحددة . فإذا لم تتم المعالجة عند انتهاء مهلة الثلاثة أشهر أو ثبت عدم صلاحيتها قامت وزارة الرى بسحب الترخيص الممنوح لصاحب الشأن ووقف الصرف على مجارى المياه بالطريق الإداري. وبداية يفهم من هذا أن المخالف لا يتعرض لهذه الجزاءات الإدارية إلا إذا لم يتم بالمعالجة أو التصحيح. وبمفهوم المخالفة لا يخضع لهذه الجزاءات إذا قام بواجبه بمعالجة المخلفات.

٢-أما إذا تبين من نتيجة تحليل العينات أنها تخالف المواصفات والمعايير المحددة وبصورة تمثل خطرا فوريا على تلوث مجارى المياه، فيخطر صاحب الشأن بإزالة مسببات الضرر فوراً وإلا قامت وزارة الرى بذلك على نفقته الخاصة، أو قامت بسحب الترخيص الممنوح له ووقف الصرف على مجارى المياه بالطريق الإداري .

وفى هذه الحالة الثانية التى يمثل فيها تصرف المخلفات سائلة خطرا فوريا على تلوث مجارى المياه، يخضع صاحب الشأن المخالف لتلك الجزاءات الإدارية، وكذلك يخضع أيضا لجزاء جنائية قررتها المادة ١٦ من قانون حماية نهر النيل والمجاري المائية المشار إليه حيث تعاقب هذه المادة على مخالفة بعض مواد هذا القانون من ضمنها المادة ٣/فقرة أخيرة، وهى تلك التى تتعلق بالحالة الثانية فقط المشار إليها مما

يعني أنه في الحالة الأولى حيث لا يمثل التصريف خطورة فورية على الرغم من مخالفة المخلفات السائلة للمعايير والمواصفات المقررة إلا أنه يمنح صاحب الشأن مهلة لتصحيحها ، فإذا قام بذلك لا يتعرض لأى جزاء سواء أكان إداريا أو جنائيا أما إذا لم يقم بذلك خلال المهلة المحددة خضع فقط لجزء إداري على النحو السابق ذكره.

وهذا يعني فى النهاية إن تصحيح أو معالجة مخالفات أحكام قانون البيئة يجعل الجهة الإدارية المختصة تتوقف عن اتخاذ أى إجراء قد يؤدي لخضوع صاحب الشأن لأى جزاء جنائي.

وقد يتمشى هذا مع القول بأنه لا يلزم أن يكون الجزاء الجنائي المقرر للجرائم الماسة بالبيئة غاية في حد ذاته، ولكنه وسيلة لحمايتها وإصلاحها لما يترتب على المساس بها من ضرر سواء أكان مباشرا أو غير مباشر^(١).

وهذا يدعو فى النهاية للمطالبة بتعليق تحريك الدعوى الجنائية بشأن جرائم تلويث البيئة على طلب تقدمه الجهة الإدارية المختصة، وليكن جهاز شئون البيئة، والذي يقدر وقتها مدى دور صاحب الشأن المخالف فى تصحيح أو معالجة مخالفاته، لأن بقاء الأمر هكذا لا يمنع النيابة العامة من تحريك الدعوى الجنائية قبل صاحب الشأن المخالف حتى ولو قام بما كلفته به الجهة الإدارية المختصة من تصحيح أو معالجة لمخالفاته، إذ إن مجرد مخالفة المواصفات أو المعايير المقررة بقانون البيئة يكون جريمة جنائية طبقا لهذا القانون، ويكون للنيابة العامة بالتالي

(١) الدكتور / احمد عبد الوهاب عبد الجواد، التشريعات البيئية ، الدار العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ص ٤٦٥.

تحريك الدعوى الجنائية بشأنها إذا رأت ملاءمة ذلك، ودون أن يتوقف ذلك على طلب من أى جهة إدارية .

المطلب الثاني

الصلح فى قانون البيئة الكويتي

٦٠- أخذ المشرع الكويتي على خلاف قانون البيئة المصري بنظم الصلح^(١) بشأن الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكامه ، إذ تنقضى المدة ١٤ من هذا القانون بأنه " للمدير العام أو من يفوضه قبول الصلح فى "المخالفات" المنصوص عليها فى هذا القانون واللوائح والقرارات المنفذة له بعد مواجهة المخالف بمخالفته، وإثبات الصلح فى محضر، وعلى المخالف الذى يرغب فى الصلح أن يدفع خلال أسبوع من تاريخ طلبه الصلح المبلغ الذى تحدده لائحة الصلح، وتنقضى الدعوى الجزائية وجميع

(١) وقد اتبع المشرع الفرنسي نظام الصلح بشأن بعض الجرائم البيئية، إذ تنقضى الدعوى الجنائية بالصلح فى حالة تلوث مجرى المياه (المادة 2-232 L. من القانون الزراعي) وفى حالة مخالفة قواعد الصيد طبقاً للمادة 1-258 L. من القانون الزراعي وكذلك فى مجال الغابات طبقاً للمادتين 2-153 L. و 5-223 L. من قانون الغابات المعدل بالمرسوم رقم ٨٨-٣٤٨ الصادر فى ٧ أبريل ١٩٨٨.

ويمكن طلب الصلح سواء من الإدارة أو الجاني فى أى مرحلة تكون عليها الدعوى الجنائية، وذلك بعد تحديد غرامة نقل عن الغرامة الجنائية المقررة قانوناً مع الالتزام بوقف الأعمال التى يكون من شأنها المساس بالبيئة وإصلاح الأضرار .
راجع بشأن ذلك:

Jean PRADEL , Procédure Pénal, 9ème éd . op. cit ., n° 185, p. 202 et 203 .

Michel PRIEUR , Droit de l'environnement, op.cit., n 933, p.827.

آثارها بالصلح ودفع المبلغ المذكور، والمدير العام أو من يفوضه أن يرفض طلب الصلح إذا رأى ما يبرر ذلك من ملوك المخالف أو تعدد أفعاله المخالفة لأحكام هذا القانون أو اللوائح أو القرارات المنفذة له، ولا يجوز قبول طلب الصلح إلا بعد أن يقوم المخالف بإزالة مصادر التلوث أو الضرر على نفقته الخاصة".

ويمكن دراسة نظام الصلح في قانون البيئة الكويتي، والذي لم يعمل به حتى يومنا هذا . إذ إنه على الرغم من مرور خمس سنوات على صدور هذا القانون لم تصدر بعد لائحته التنفيذية، وبالتالي لم تصدر أيضاً لائحة الصلح الذي يجب من خلالها تحديد مبلغ الصلح. ومع ذلك فقد أوشكت الهيئة العامة للبيئة في الكويت على الانتهاء من إعداد هذه اللوائح.

ومع ذلك فإن المادة ١٤ المشار إليها والخاصة بتحديد نظام الصلح في قانون البيئة تضمنت بعض الأفكار التي يمكن تناولها بالدراسة، وتطور حول التساؤل بداية عن تفصيل المشرع الكويتي لوجود لائحة صلح تحدد مبلغ الصلح وعدم تركه تحديد هذا الأمر للائحة التنفيذية ، وما هي شروط الصلح وآثاره، ونعرض فيما يلي لهذه الأفكار .

أولاً: مدى أهمية وجود لائحة صلح منفصلة عن اللائحة التنفيذية
٦١-أحال المشرع الكويتي صراحة بالمادة ١٤ المشار إليها على لائحة الصلح لتحديد مبلغ الصلح، ولم يترك تحديد هذا الأمر للائحة التنفيذية للقانون مما يدعو للبحث عن قصد المشرع من وراء ذلك. ويجب أن نتطرق بداية البحث عن ذلك من خلال تجاهل المشرع لتحديد الأسس التي يمكن بناء عليها تحديد مبلغ الصلح المطلوب، مما قد يعني أنه قصد من تخصيص لائحة للصلح منفصلة عن اللائحة التنفيذية أن تحدد تلك اللائحة

لكل جريمة على حده مبلغ الصلح الخاص بهاءوما يتطلب ذلك من تفصيل يفضل بيانه بلائحة خاصة، وبالتالي قصر اللائحة التنفيذية للقانون على تحديد النظم والاشتراطات والمعايير والمواصفات اللازمة لحماية البيئة من التلوث.

القول بذلك قد يعدو تكليفا بمستحيل لأنه على الرغم من قلة عدد الجرائم التي ينص عليها قانون البيئة الكويتي إلا أن اللائحة التنفيذية لهذا القانون ستضمن كثيرا من النظم والاشتراطات والمواصفات والمعايير الخاصة بحماية البيئة من التلوث بما يعني وجود فئات من الالتزامات التي سيلزم على أصحاب الشأن مراعاة أحكامها وإلا تعرضوا للجزاءات الجنائية المقررة كلها في مادة وحيدة هي المادة ١٣ من قانون البيئة. وكون هذه الالتزامات متعددة ومختلفة فإنه سوف يسهل على القاضى استعمال سلطاته التقديرية في تقدير العقوبة المناسبة لمخالفة التزام ما، ولكن سيكون من الصعب تحديد مبلغ الصلح المناسب لكل التزام على حده.

ولهذا فإن تحديد مبلغ الصلح لم يكن في حاجة للنص عليه فى لائحة خاصة للصلح، ولكن كان يكفي أن يرد كمادة مستقلة فى اللائحة التنفيذية لقانون البيئة. وخاصة إنه لن يكون أمام واضعى اللائحة التنفيذية إلا تحديد مبلغ الصلح بحيث يعادل الحد الأقصى لأشد عقوبة غرامة موجودة فى قانون البيئة على نحو يمكن الموظف المختص بقبول الصلح بتحديد المبلغ الذى يراه مناسباً للاشتراط أو الالتزام الذى أخل بحكمة المخالف.

وعليه يمكن تحديد مبلغ الصلح بحيث لا يزيد على عشرة آلاف دينار، وهو الحد الأقصى لأشد عقوبة غرامة، والمقرر بالمادة ١٣ من

قانون البيئة والتي تقضى بأنه " مع عدم الإخلال بأى عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات (أو)^(١) بغرامة لا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف النظم والاشتراطات المنصوص عليها فى المادة الثامنة..."

ونظرا للسلطة التقديرية للموظف فى تحديد مبلغ الصلح فإنه يفضل ألا يمنح الاختصاص بقبول الصلح لكافة الموظفين الممنوحين الصفة القضائية لتطبيق أحكام قانون البيئة، وإنما يجب قصر هذا الاختصاص على بعض القيادات الإدارية، أو حتى عرض الأمر على لجنة ما، وقد أكدت على ذلك المادة ١٤ المشار إليها أنفا حيث تجيز للمدير العام أو من يفوضه قبول الصلح فى الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون.

ثانيا: شروط الصلح

٦٢- أوضحت المادة ١٤ من قانون البيئة الكويتي عن الشروط الواجب توافرها حتى يقبل الموظف أو الجهة المختصة الصلح مع صاحب الشأن المخالف ، ويمكن القول بأنه يلزم لقبول الصلح توافر ثلاثة شروط وهى :

١- أن يقوم المخالف بإزالة مصادر التلوث أو الضرر على نفقته الخاصة. وهناك تطبيقات عديدة لتحقيق هذا الشرط، وقد تتمثل فى وقف العمل بآلات أو أدوات أو معدات أدى استعمالها لتلوث البيئة بصفة عامة كما فى حالة الضوضاء أو الانبعاثات التى قد تصدر منها بالمخالفة للمعايير والاشتراطات المحددة . كما يمكن التول بأن دور المخالف فى

(١) صدر قانون البيئة و المادة ١٣ بها هذا الخطأ غير المقصود. إذ لا يتمشى استعمال المشرع " لو " من أجل أن يسمح للقاضى بالاختيار ما بين الحبس أو الغرامة ثم يردف ذلك بعبارة " أو " بإحدى هاتين العقوبتين "

هذه الحالة قد يتمثل في القيام بتصحيح أو معالجة مخالفاته على النحو الذى عرضنا له فى نطاق القانون المصرى^(١).

٢- أن يقدر الموظف أو الجهة المختصة بقبول الصلح دور المخالف، ومدى حرصه على الالتزام بأحكام قانون البيئة، وبالتالي يكون لجهة الاختصاص رفض طلب الصلح إذا رأت ما يبرر من سلوك المخالف أو تعدد أفعاله المخالفة لأحكام هذا القانون أو اللوائح أو القرارات المنفذة له. وهذا يقتضى من الجهة المختصة الرجوع إلى كافة المجالات التى يلتزم بإسائها صاحب الشأن المخالف لمراجعة مدى التزامه بالنظم والاشتراطات والمواصفات والمعايير المقررة قانوناً ودوره الإيجابي فى محاولة إزالة مصادر التلوث أو الضرر.

٣- وأخيراً أن يدفع صاحب الشأن المخالف فى خلال أسبوع من تاريخ طلبه الصلح المبلغ الذى يحدده له الموظف أو الجهة المختصة بقبول الصلح. ومن البديهي ألا يتحقق هذا الشرط إلا بعد تحقق الشوطين السابقين ، إذ إنه قبل تقدير مبلغ الصلح المناسب لابد من التحقق من أن صاحب الشأن المخالف قد أزال مصادر التلوث أو الضرر على نفقته الخاصة ، فضلاً عن التحقق من سلوك المخالف وعدم تعدد أفعاله المخالفة. وقد منح المشرع الكويتي المخالف أسبوعاً من تاريخ طلبه الصلح لدفع مبلغ الصلح حتى يتكبر أمره - من ناحية - إذا أراد الاستمرار فى هذا الطريق، أو يمنحه فرصة - من ناحية أخرى - للمثول أمام القضاء إذا قدر أفضلية ذلك له.

(١) راجع ما سبق بند ٤ وما بعده.

ثالثاً: أثر الصلح

٦٣- إذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة تنقضى الدعوى الجنائية بكافة آثارها. ومع ذلك فيمكن القول بأن انقضاء الدعوى الجنائية قبل المخالف بالصلح يمكن أن يدخل في تقدير الجهة المختصة بقبول الصلح فيما بعد بحيث يجوز لها رفض طلب الصلح الذي قد يقدمه نفس المخالف فيما بعد عن جرائم أخرى.

خاتمة

٦٤- وقعت أثناء إعداد هذا البحث بعض الحوادث البيئية الخطيرة التى نجم عنها أضرار جسيمة لم يتحدد مداها حتى الآن. وتأتى فى مقدمة هذه الحوادث ما أطلق عليها حادثة ميت حلفا ، تلك القرية المصرية التى عثر أحد مواطنيها على جسم مشع أدى إلى وفاته هو وبعض أفراد أسرته، هذا إلى جانب الآثار الأخرى الضارة التى لم تتكشف بعد .

ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن الأمر بالفعل جد وخطير، ولا يحتاج إلى عبث أياً كان نوعه، بل يحتاج لتحرك سريع وفعال من هؤلاء القائمين على تنفيذ التشريعات البيئية المختلفة . فالأمر ليس فى حاجة إلى قوانين تنذر بعقوبات رادعة للمخالفين بقدر ما هو فى حاجة لرجال يطبقونها ويكتشفون كل ما هو مخالف لها . وحتى يتمكن هؤلاء الرجال من توفير الحماية القانونية الإجرائية للبيئة لابد أن تتحقق المتطلبات التالية:

أولاً: توفير شبكات الرصد البيئي والاهتمام بها

يجب توفير محطات الرصد البيئي سواء الثابتة أو المتحركة لرصد مكونات وملوثات البيئة دورياً ويلزم توزيع هذه المحطات فى كافة أنحاء الجمهورية على نحو يسمح برصد أى تلوث فى البيئة ، وبالتالى إبلاغ الجهات المختصة لاتخاذ اللازم. ويتجلى دور محطات الرصد البيئي فى الكشف عن التلوث البيئي الذى لا يمكن اكتشافه بالحواس المعتادة للإنسان، والذى قد يكون قريباً جداً من هذا التلوث ولا يشعر به ، وذلك كما حدث لضحايا الحادثة المذكورة آنفاً .

ثانياً: الاهتمام بتدريب وتأهيل القائمين على تنفيذ التشريعات البيئية

إن حاجة التشريعات البيئية لموظفين لهم صفة الضبط القضائي من أجل تنفيذها لم تتأتى من فراغ . فالجرائم النسي تقع بالمخالفة لهذه التشريعات يصعب غالباً اكتشافها إلا من قبل موظفين مدربين ومزودين بأجهزة خاصة . وفى ظل التقدم الصناعي الذى يشهده العالم الآن زاد معدل التلوث البيئي ، وأصبح من الضروري ملاحقة هذا التقدم الصناعي بتقدم تكنولوجيا معين للكشف عن آثاره الخطرة أو الضارة على البيئة ، وبالتالي تزويد هؤلاء المختصين بتطبيق التشريعات البيئية بأجهزة القياس اللازمة للكشف عن التلوث البيئي وتدريبهم عليها .

وتجدر الإشارة فى هذا المجال إلى التنويه لأهمية تأهيل المكلفين بتطبيق التشريعات البيئية على نحو يسمح لأصحاب الشأن بتقبل إرشاداتهم ونصائحهم للحفاظ على البيئة . وهذا يتطلب من المختصين قسراً من المرونة فى التعامل مع أصحاب الشأن على نحو لا يسمح لهم من ناحية- بالتعريط فيما يتطلبه القانون من توافر المعايير والمواصفات اللازمة، ويسمح من ناحية أخرى- لأصحاب الشأن فى الكشف عن كل ما يطلب منهم بطيب خاطر .

ثالثاً: قصر الاختصاص بكل ما يتعلق ببيئة العمل على جهاز شئون البيئة

سبق القول^(١) بأنه يطلب من صاحب العمل تنفيذ متطلبات مختلفة تضعها له كل من وزارة القوى العاملة وتعلق ببيئة العمل الداخلية، ووزارة البيئة وتعلق ببيئة العمل الخارجية . ولهذا يجدر توحيد هذه الاختصاصات بحيث تقوم عليها جهة واحدة، يفضل أن تتبع جهاز شئون البيئة ، وبالتالي يجدر أن تضم الإدارة العامة المختصة بالصحة والسلامة والصحة

(١) راجع ما سبق بند ١١

المهنية التابعة لوزارة القوى العاملة إلى جهاز شئون البيئة ، وذلك من أجل منع تداخل الاختصاصات ، وبالتالي عدم خضوع صاحب الشأن لأكثر من جهة فيما يتعلق ببيئة العمل .

رابعاً: تعليق تحريك الدعوى العامة بشأن الجرائم الماسة بالبيئة على طلب جهاز شئون البيئة

يتسم نظام معالجة أو تصحيح مخالفات المعايير والمواصفات الموضوعية لحماية البيئة بالغموض، وخاصة فيما يتعلق بالأثر القانوني له، هذا فضلاً عن الدور غير الواضح لمأموري الضبط القضائي المختصين بتحرير المحاضر الخاصة بجرائم البيئة ، وذلك كله على النحو الذى عرضت له سابقاً^(١). وطالما أن المشرع المصرى يسمح للمخالف فى مجال قانون البيئة بتصحيح مخالفاته، فإنه كان من المناسب أن يغل يد النيابة العامة بشأن تحريك الدعوى العامة ضد هذا المخالف الذى يقوم بالفعل بتصحيح مخالفاته، وهذا لن يتأتى إلا من خلال تعليق تحريك الدعوى العامة بشأن الجرائم الماسة بالبيئة على طلب يقدم من جهاز شئون البيئة .

والله ولي التوفيق،،

(١) راجع ما سبق بند ٢١ وما بعده .

ABRÉVIATIONS قائمة بالمختصرات الفرنسية

B.C	Bulletin criminel
Crim	Cour de cassation, chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz
Gaz . pal	Gazette du palais
JCP	Jurisclasseur Périodique (semaine Juridique)
Rev. Int. Dr. Pen.	Revue internationale de droit pénal .
Rev. Sc. Crim	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé .

٤٧١ خطة البحث

الفصل الأول

المشكلات المتعلقة بالضبطية القضائية فى نطاق البيئة

٤٧٥ تمهيد وتقسيم

المبحث الأول: الأداة القانونية المناسبة لمنح صفة الضبطية

٤٧٧ القضائية فى نطاق التشريعات البيئية

المبحث الثاني: واجبات مأموري الضبط القضائي فى نطاق

٤٨٢ التشريعات البيئية

٤٨٢ تمهيد وتقسيم

المطلب الأول: انحصار دور مأموري الضبط القضائي

٤٨٥ بشأن قبول التبليغات والشكاوى الخاصة

بجرائم تلويث البيئة...

الوسيلة الأولى: التأكد على حق التبليغ عن جرائم

٤٨٦ تلويث البيئة

الوسيلة الثانية: الإبلاغ الإلزامي عن بعض الجرائم

٤٨٧ الماسة بالبيئة

المطلب الثاني: تعاظم دور مأموري الضبط القضائي نوي

الاختصاص الخاص بشأن إجراء التحريات

- ٤٩٠ اللازمة لضبط الجرائم الماسة بالبيئة
- ٤٩١ بطبيعتها.....
- ٤٩٢ الفرع الأول: إجراءات التحريات فى الأماكن العامة
- ٥٠٠ بطبيعتها.....
- ٥٠٢ الفرع الثانى : إجراءات التحريات فى أماكن العمل
- ٥٠٣ المختلفة.....
- ٥٠٤ أولاً: الخطوات المناسبة لأخذ العينات اللازمة
- ٥٠٥ ١-وقت أخذ العينة.....
- ٥٠٦ ٢-مكان أخذ العينة.....
- ٥٠٧ ٣-حجم العينة.....
- ٥٠٨ ٤-الجهة المختصة بتحليل العينة.....
- ٥٠٩ ثانياً: أجهزة ومعدات القياس المختلفة.....
- ٥١٠ الفرع الثالث: إجراءات التحريات على ظهر السفن..
- ٥١١ المطلوب الثالث : تحرير المحاضر الخاصة بضبط الجرائم
- ٥١٢ الماسة بالبيئة.....
- ٥١٣ مدى حجية محاضر ضبط الجرائم الماسة بالبيئة.....
- ٥١٤ المبحث الثالث: الحماية القانونية لمأموري الضبط القضائي
- ٥١٥ المختصين بتنفيذ التشريعات البيئية
- ٥١٦ تمهيد وتقسيم
- ٥١٧ المطلوب الأول: تجريم أى فعل يعوق أو يمنع أداء مأموري
- ٥١٨ الضبط للقضائي المختصين لأعمالهم.....
- الفرع الأول: إلزام أصحاب الشأن بتقديم

٥١٩	التسهيلات اللازمة.....
	الفرع الثاني: إلزام أصحاب الشأن بعدم مخالفة
	أوامر مأموري الضبط القضائي
٥٢٤	المختصين
	المطلب الثاني: سلطة مأموري الضبط القضائي
٥٢٦	المختصين في الاستعانة بالجهات المعنية
	المبحث الثالث: إلزام مأموري الضبط القضائي المكلفين بتطبيق
	التشريعات البيئية بالمحافظة على أسرار المهنة....
٥٣٠	تمهيد وتقسيم.....
	المطلب الأول: تضمن التشريع البيئي النص صراحة على
	إلزام الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكامه
٥٣١	بالمحافظة على أسرار المهنة.....
	المطلب الثاني: خلو التشريع البيئي من النص صراحة
	على إلزام الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكامه
٥٣٣	بالمحافظة على أسرار المهنة.....
	الفصل الثاني
	المشكلات المتعلقة بإثبات الجرائم الماسة بالبيئة
٥٣٧	تمهيد وتقسيم.....
	المبحث الأول: مشكلة إثبات الجرائم الماسة بالبيئة في ظل مبدأ
	افتراض العلم بالقانون.....
٥٤٠	تمهيد وتقسيم.....
	المطلب الأول: مبدأ افتراض العلم بالقانون في نطاق

- ٥٤١ التشريعات البيئية
- المطلب الثاني: اتجاه قانون العقوبات الفرنسي الجديد
للتخفيف من حدة مبدأ افتراض العلم
- ٥٤٢ بالقانون
- أثر المعلومات الخاطئة الصادرة من الإدارة في
تبرير الخطأ في القانون الذي لا يمكن تجنبه.....
- ٥٤٦ المبحث الثاني: مظاهر التخفيف من صرامة مبدأ افتراض العلم
بالقانون في نطاق قانون البيئة المصري والكويتي..
- ٥٤٨ تمهيد وتقسيم
- المطلب الأول: تصحيح المخالفات في قانون البيئة
المصري.....
- ٥٤٩ الفرع الأول: العلاقة بين كل من منح المشرع
المصري مهلة لتوفيق الأوضاع
ومهلة لتصحيح المخالفات في قانون
البيئة.....
- ٥٥٠ الفرع الثاني: مظاهر تصحيح المخالفات في قانون
البيئة ولائحته التنفيذية.....
- ٥٥٣ أولاً: القاعدة العامة بشأن تصحيح مخالفات
المعايير الموضوعية لحماية البيئة.....
- ٥٥٤ ثانياً: الاستثناء الخاص بتصحيح مخالفات
المنشآت الصناعية المصرح لها
بتصريف مخلفاتها المعالجة في البيئة المائية
- ٥٥٥

	الفرع الثالث: الأثر القانوني لتصحيح مخالفات
٥٦٧	المعايير الموضوعية للبيئة.....
	أولاً: الأثر القانوني لتصحيح مخالفات
	المعايير المحددة لحماية البيئة طبقاً
	للقاعدة العامة الواردة في المادة ٢٢ من
٥٦٨	قانون البيئة.....
	ثانياً: الأثر القانوني لتصحيح أو معالجة
٥٧٣	المخلفات السائلة للمنشآت الصناعية.....
٥٧٢	المطلب الثاني: الصلح في قانون البيئة الكويتي.....
	أولاً: مدى أهمية وجود لائحة بصلح منفصلة
٥٧٤	عن اللائحة التنفيذية.....
٥٧٦	ثانياً: شروط الصلح.....
٥٧٨	ثالثاً: أثر الصلح.....
٥٧٩	خاتمة.....
٥٨٢	قائمة بالمختصرات الفرنسية.....
٥٨٤	فهرس.....



دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال

دكتور

جلال وفاء محمد

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

مقدمة

تعتبر ظاهرة غسل الأموال *Money Laundering* من صور الجرائم الاقتصادية التي يكثر الحديث عنها في الآونة الأخيرة. وهي ظاهرة ترتبط بالجريمة المنظمة *Organized Crime* وعلى الأخص بجريمة المخدرات، وجرائم الإرهاب، وتهريب الأسلحة، والرقيق الأبيض وغيرها. كما أنها ظاهرة تتصل بالمؤسسات المالية، لاسيما البنوك لما توفره بعملياتها من قنوات كوسيلة يقوم عن طريقها المتورطون في العمليات المشبوهة لتنظيف الأموال^(١).

وتشكل ظاهرة غسل الأموال مشكلة عالمية، إذ يقدر حجم الأموال غير النظيفة التي يتم غسلها حوالي ما بين ٨٠٠ مليار دولار إلى واحد ونصف تريليون دولار سنوياً، وبما يعادل أكثر من

(١) راجع بصفة خاصة :

Michael Levi, *New Frontiers of Criminal Liability: Money Laundering and Proceeds of Crime*, Volume 3 No. 3 *Journal of Money Laundering Control*, pp. 223-232 (Winter 2000); **Betra Esperanza Hernandez**, *money Laundering and Drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy*, Volume 18 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulations* pp. 235-304 (Winter 1993); **Pedro R. David**, *Mercosur: "Organized Crime, Money Laundering and Harmonisation of Legislation"* Volume 3 No. 1 *Journal of Money Laundering Control* pp. 63-65 (Summer 1999).

ضعف قيمة الناتج العالمي من البترول^(٢). كما تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أكبر الدول التي يتم فيها غسيل الأموال، إذ تقدر حجم الأموال غير النظيفة الناشئة عن جرائم المخدرات التي تعمل فيها سنوياً بحوالي ٣٠٠ مليار دولار^(٣).

(٢) ويلاحظ أن نصيب إنجلترا وحدها من هذا المبلغ التقديري هو مبلغ قدره اثنان ونصف مليار جنيه إسترليني، راجع :

R. E. Bell, Prosecuting the Money Launderers: Who Act for Organised Crime, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 104-112 (Autumn 1999).

وبصف خاصة في ص ١٠٤ .

(٣) ويلاحظ أن هذا المبلغ هو مبلغ تقديري ونشأ عن النشاط الإجرامي في مجال تهريب المخدرات وحده ، كما أن هذا المبلغ هو الذي يحصل غسليه في إطار المؤسسات المالية . ولذلك فإن حجم الأموال التي يتم غسلها في الولايات المتحدة في الأنشطة المختلفة يفوق هذا المبلغ بكثير . راجع :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank Secrecy

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٣٧ . وتزيد عمليات غسيل الأموال في إطار ما يعرف بالاقتصاد الخفي . والاقتصاد الخفي هو عبارة عن مجموعة الأنشطة الغير مسجلة ضمن إطار الحسابات القومية وتشمل الإنتاج القانوني غير المعلن في قطاعات مختلفة مثل الصناعة والزراعة والخدمات والتجارة الداخلية وغيرها ، ويعود انتشار ظاهرة الاقتصاد الخفي إلى عوامل عديدة مثل زيادة حجم الضرائب والتعقيدات الإدارية . وتشير بعض الدراسات في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن حجم الاقتصاد الخفي يبلغ ٧٠٠ مليار دولار وبما يمثل ١١% من إجمالي الناتج القومي الأمريكي، كما تزيد هذه النسبة في الاتحاد السوفيني (السابق) حيث تمثل النسبة حوالي ٥٠% من حجم الاقتصاد القومي . وتشكل ظاهرة الاقتصاد الخفي مشكلة خطيرة في بعض الدول مثل دول أمريكا اللاتينية حيث يشكل الاقتصاد الخفي نسبة تزيد عن ٦٠% من النسبة المعلنة رسمياً . راجع في ذلك : الدكتور حمدي عبدالمعطي ، -

ولقد أدى نمو ظاهرة غسل الأموال إلى ظهور طائفة جديدة من المجرمين منفصلين عن الطائفة التي قامت بالجرائم الأولية التي أنتجت الأموال غير النظيفة . وهذه الطائفة الجديدة من المجرمين تؤدي خدمات إلى مرتكبي الجرائم المنظمة ، وهي تضم المحامين ، والمصرفيين ، والمحاسبين ، ورجال الأعمال . ذلك أن اشتراك هؤلاء في عمليات غسل الأموال يدر أرباحاً طائلة تتراوح ما بين ٢% إلى ٢٠% من حجم الأموال التي يتم غسلها (٤) .

- غسل الأموال في مصر والعالم (الطبعة الأولى - القاهرة ١٩٩٧) وخاصة في ص ص ١٠-١١ ، ٣١ . وفي مصر تين الإحصائيات الرسمية أن حجم الاقتصاد الخفي يمثل ١٢,٥% من الناتج المحلي حسب إحصائيات وزارة التخطيط . راجع : الدكتور محمود عبدالفضيل ، وجهان ديساب ، أبعاد ومكونات (الاقتصاد الخفي) وحركة الأموال السوداء في الاقتصاد المصري (١٩٧٤ - ١٩٨٤) مجلة مصر المعاصرة - العدد ٤٠٠ أبريل (١٩٨٥) ، وبصفة خاصة في ص ص ٩-١٠ وكذلك في ص ١٦٦ .

(٤) انظر بوجه خاص :

Scott Sultz , Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat It, Volume 63 Tennessee Law Review, pp. 143 - 237 (1995).

وبصفة خاصة في ص ص ١٤٨ - ١٤٩ . كما يلاحظ أن الشركات التي تتولى الوساطة المالية وكذلك شركات السمسرة في الأوراق المالية **Securities Brokers** قد تقوم بدور عظيم في عمليات تنظيف الأموال المشبوهة ، وخاصة أن هذه الأموال لا تنشأ فقط عن المخدرات فقط . ولكن عن أنشطة اقتصادية أخرى غير مشروعة مثل التهريب من الضرائب وكذلك مخالفة قوانين الأوراق المالية وغيرها . ومثال ذلك أنه في أحد القضايا فلقد اعترف أحد سماسرة الأوراق المالية في يناير عام ١٩٩٨ بأنه كان قد اشترك في عملية غش تتعلق بالأوراق المالية حيث قبل الحصول على أموال نقدية حتى يقوم بإدارة اسمهم إحدى الشركات لرفع قيمتها في السوق بمساعدة شبكة من السماسرة وشركات الوساطة الذين حصلوا على رشوة للقيام بذلك الشايط حيث اعترف أحد هؤلاء السماسرة بمحصله -

وجوهر عملية غسل الأموال هو قطع الصلة بين الأموال المتحصلة عن أنشطة إجرامية وبين أصلها أو مصدرها غير المشروع، أي تبدو الأموال وكأنها قد تولدت عن منشأ مشروع وقانوني^(٥). فالهدف الأساسي من غسل الأموال هو إضفاء الشرعية على أموال هي في الأصل ذات مصدر غير مشروع. ويفضي نجاح عملية غسل الأموال إلى سهولة تحريك تلك الأموال في المجتمع دون أن تتعرض للمصادرة، وبذا بفلت المجرمون من العقاب.

ونقوم فيما يلي بإلقاء الأضواء على مراحل غسل الأموال والأساليب التي عادة ما يتبعها غاسلو الأموال لتنظيف الأموال المتحصلة من الأنشطة غير المشروعة، ثم نتكلم عن المسؤولية القانونية للبنوك عند

- على مبلغ ٣,٢ مليون دولار لتنفيذ الخطة ، ول قضية أخرى حادثة أقيم أحد كبار المحامين في إحدى المكاتب الدولية للمحاماة في فيلادلفيا بولاية بنسلفانيا بجرمة غسل أموال مرتبطة بعملية غش ، ثم قام بتوفير المال التحصل عن هذه العملية في شركتين للتأمين حيث قام بغسلها أولاً من خلال حسابات شركات مالية غير حقيقية أي لا تمارس النشاط فعلاً وإنما تقوم فقط وفقاً للسجلات Shell Corporations . راجع في ذلك .

Betty Santangelo & Marc E. Elovitz, Money Laundering and Suspicious Activity Reporting: What's a Broker – Dealer To Do? Published in (Practising Law Institute - Corporate Law and Practice Course Handbook Series – (April 1998) p. 293

(٥) راجع بوجه خاص :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations : A Burden on Financial Institutions , Volume 19 North Carolina Journal of International and Commercial Regulations , pp. 437 – 468 (Summer 1994) *

وخاصة في ص ٤٣٧ من ذات المقالة .

تورطها في غسيل الأموال. وأخيراً، نلقي نظرة حول آليات العمل المصرفي وخاصة فيما يتعلق بالسرية اللازمة للحسابات المصرفية وعلاقة ذلك بغسيل الأموال ، وكيفية مواجهة ظاهرة غسيل الأموال على المستويين الدولي والوطني .

تقسيم:

المطلب الأول: مراحل وأساليب غسيل الأموال.

المطلب الثاني: مسئولية البنوك وغسيل الأموال.

المطلب الثالث: السرية المصرفية وغسيل الأموال.

خاتمة

المطلب الأول

مراحل وأساليب غسيل الأموال

أولاً - مراحل عملية غسيل الأموال :

يمكن القول بأن عملية غسيل الأموال تمر عادة بثلاث مراحل أساسية: وهي مرحلة الإيداع أو التوظيف، ومرحلة الاسترقيد، ومرحلة الاندماج وقد تتشابك وتتداخل هذه المراحل في أحيان كثيرة وبحيث يكون الفصل بينها على نحو قاطع أمر في غاية الصعوبة.

١- مرحلة الإيداع أو التوظيف *Placement*:

وهي أصعب مرحلة للقائمين بغسيل الأموال، إذ تكون فيها الأموال غير النظيفة عرضة لاقتضاح أمرها، وبصفة خاصة أنها تتضمن عادة كميات هائلة من الأموال النقدية المسائلة^(١).

(٦) :

Scott Stulzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It , Volume 63 Tennessee Law Review, pp. 143 – 237 (Fall, 1995)

وخاصة في ص ١٤٩ ؛ الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٣٨ – ٣٩ ؛ ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني ، حلقة نقاشية عقدها كلية الحقوق - جامعة الكويت في ١٠/٥/١٩٩٨ - منشورة في -

وتقتضي مرحلة الإبداع التخلي المادي عن النقود المتحصلة من النشاط الإجرامي أو النشاط غير المشروع بهدف إبعاد الشبهة عن مصدرها. ويتم ذلك في الغالب بأسلوب بسيط عن طريق توظيف الأموال المشبوهة في البنوك أو في غيرها من المؤسسات المالية، سواء في داخل البلاد أو خارجها وسواء بطريق فتح الحسابات، أو للودائع، أو شراء أوراق مالية ... إلى غير ذلك^(٧). وفي خلال هذه المرحلة قد يتحقق تنظيف الأموال المشبوهة بتوظيفها داخل المؤسسات المالية، وذلك إما بتزوير بعض المستندات، أو إخفاء بعضها، أو بمساعدة بعض موظفي البنك الذين يستترون على ما يجري^(٨).

- مجلة الحقوق - تصدرها جامعة الكويت - العدد الثالث - السنة ٢٢ - سبتمبر ١٩٩٨ ،
ص من ٢٩١ - ٣٨٥ ، وبصفة خاصة في ص ٣٠٢ .

(٧) :

Scott Sulzer, Money Laundering: The Scope of the Problem.....

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٤٩ ؛ كذلك : ظاهرة غسل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني ، حلقة نقاشية ، المشار إليها سابقاً ، ص ص ٣٠٢ - ٣٠٣ .

(٨) راجع : ظاهرة غسل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني ، السابق الإشارة إليه ، ص ص ٣٠٢ - ٣٠٣ ؛ كذلك :

Peter Johnstone & Mark Jones, The Facilitation of Money Laundering Through Western Europe and the United States by Russian Organised Crime Groups, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 119 - 203 (Winter 2000).

وبصفة خاصة في ص ٢٠٠ ؛ وأيضاً :

Ricardo M. Alba, Fraud Control in Offshore Banking Centers, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 245 - 249 (Winter 2000).

كذلك قد يقوم غاسلو الأموال باتباع طرق مبتكرة - خلال مرحلة الإيداع - بإيراز شكل مشروع للنقود وذلك باستثمارها في محلات المجوهرات أو غيرها فيما يعرف بشركات الواجهة *Front companies*. كما قد يلجأون إلى أسلوب تحويل النقود إلى أوراق تجارية قابلة للتداول *Negotiable instruments* ، أو أوامر دفع *Money orders* ، وبهذا الأسلوب تكتسب الأموال ميزتين : فمن ناحية أولى ، فالشكل المادي للورقة التجارية يمكن السيطرة عليه من حيث أنه يمكن وضع أو كتابة أي مبالغ في الصك مما يسهل حركته وانتقاله أكثر من الأموال النقدية، ومن ناحية ثانية أنه يمكن بسهولة إيداع الأوراق التجارية في البنك، وبذلك تندمج ضمن عملياته المتشعبة دون أن يستفسر أو يشك أحد في سلامة ونظافة العملية^(٩).

والحقيقة أن اختيار طريقة دون أخرى لتوظيف أو إيداع الأموال خلال هذه المرحلة، يعتمد على خبرة غاسلي الأموال وعلى الظروف المحيطة بعملياتهم.

(٩) :

Scott Suizer, Money Laundering: The Scope of the Problem ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٤٩ ؛ وراجع كذلك في الصور المختلفة لعمليات الإيداع والتوظيف :

Money Laundering Convention, 14 February (1998).

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت ١٩٩٨) ، وبصفة خاصة في ص ص

٩-١٠ .

٢. مرحلة الترفيد : Layering

وفي هذه المرحلة يتم فصل الأموال المشبوهة عن مصدرها، وذلك بخلق عدة عمليات معقدة بهدف الترمية على أصل ومصدر هذه الأموال. بل وتدعيم ذلك بالمستندات التي تؤدي إلى تضليل الجهات الرقابية والأمنية بما يحول دون اقتفاء المسار غير المشروع لهذه الأموال^(١٠).

كما تتميز هذه المرحلة بأنها أصعب من سابقتها بالنسبة لمسلطات مكافحة غسل الأموال بحيث يصعب عليهم كشف كنه وحقيقة العمليات غير المشروعة بسبب استخدام عمليات التحويل البرقي للنقد *Wire Transfer* ، والتحويل الإلكتروني *Electronic Transfer* والتي تنتقل بها الأموال بسرعة فائقة إلى بنوك خارج البلاد مما يصعب معه ملاحقة أو تعقب مصدرها^(١١). ويزيد الأمر تعقيداً أن هذه الأموال عادة ما يتم تحويلها إلى البنوك في بلاد تتبنى قواعد صارمة للسرية، مثل جزر كايمان، بنما، بهاما، سويسرا وباكستان^(١٢). ومن الأماليب المستخدمة في

(١٠) في معنى قريب : المرجع السابق ، ص ١١

(١١) :

Scott Sulzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It

المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ١٥٠ .

(١٢) السابق ، ص ١٥٠ ؛ كذلك راجع :

Ethan A. Nadelmann, Unlaundering Dirty Money Abroad: U.S. Foreign Policy and Financial Secrecy Jurisdictions , Volume

التعتم على مصدر الأموال غير النظيفة خلال هذه المرحلة ما يعرف بعملية "الدفع من خلال الحساب" *Payable through account or pass through account* حيث يقوم بنك أجنبي بفتح حساب لدى أحد البنوك المحلية مثلاً ، ويستخدم هذا الحساب من عملاء البنك الأجنبي لإدارة نشاطهم المضيوبه عن طريق سحب شيكات عليه ، أو إيداع الأموال فيه ثم نقلها بعد ذلك إلى البنك الأجنبي في الخارج . وأيضاً استخدام ما يعرف بـ *Counterbalancing Loan Schemes* أي بوضع أو إيداع الأموال غير النظيفة في حساب بنكي خارج البلاد ، وفي نفس الوقت استخدام قيمة الحساب نفسه كضمان للحصول على قرض في بلد آخر^(١٣).

18 University of Miami Inter - American Law Review pp. 33 - = 81 (Fall, 1986).

فعلى سبيل المثال ، قامت " كلين بلند " بتشديد قوانين سرية الحسابات في البنوك بعد قضية Field في عام ١٩٧٦ والتي تضمنت إرغام أحد المصرفيين من أحد بنوك كلين للشهادة أمام المحلفين في الولايات المتحدة وإنشاء بعض أسرار العملاء . راجع مقالة :

Ethan A. Nadelmann , Unlaundering Dirty Money Abroad

المقالة المذكورة أعواً ، ص ص ٥٢ - ٥٣ .

(١٣) أنظر :

Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ١٥٠ - ١٥١ . كما قد تستخدم أدوات أخرى في مرحلة الترقيد مثل استخدام أوراق مالية ، عن طريق مؤسسات مالية ، مثل الشيكات السياحية ، أوامر الدفع ، خطابات الضمان ، والأسهم والسندات . راجع :

Money Laundering Convention

المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ١١ .

وتجد السلطات القائمة على تعقب نشاط غسل الأموال صعوبات كبيرة في ملاحقة التحويلات الإلكترونية والبرقية التي ترد من العالم أجمع ليس فقط بسبب ضخامة وتشعب هذه التحويلات ولكن أيضاً بسبب الصعوبات الفنية الموجودة في نظام التحويلات الإلكترونية نفسه. ففي إحدى القضايا الحديثة تم إيداع الأموال المتحصلة عن جرائم المخدرات في عدة بنوك، ثم تحويلها برقياً إلى حساب سري في أحد البنوك بمدينة تامبا *Tampa* بولاية فلوريدا الأمريكية ، ثم إعادة تحويل تلك الأموال مرة أخرى مروراً ببنوك في ولاية نيويورك إلى بنوك في لكسمبورج ولندن حيث استخدمت في شراء شهادات إيداع *Certificate deposits* ثم استخدمت هذه الشهادات كضمان لقرض ضخم تم الحصول عليه في *Nassau* ، وبعندئذ، تم تحويل مبالغ القرض ذاته إلى الحساب السري في مدينة تامبا لتأخذ الأموال دورتها مرة أخرى لتجارة المخدرات في أوروغواي^(١٤).

٣. مرحلة التكامل أو الدمج *Integration*:

وفي هذه المرحلة يتم تطهير الأموال غير النظيفة بإدماجها في عمليات مشروعة أو أنشطة اقتصادية مشروعة، وبحيث تبدو الأموال منبئة الصلة بالأنشطة الإجرامية التي تحصلت عنها. ويستغل غاسلو

(١٤) :

Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat it

المرجع المشار إليه سابقاً ، هامش ٣١ ، ص ١٥٠ .

الأموال البنوك كمؤسسات مالية ذات أداء عالي المستوى لكي تدور من خلالها الأموال غير النظيفة، وبحيث لا يتشكك أحد في شرعية هذه الأموال^(١٥). وتستخدم بعض أنواع العمل المصرفي لإضفاء نوع من الشرعية على هذه الأموال مثل خطابات الاعتماد، الضمانات المصرفية، الخ. كما قد يتم تطهير الأموال بوسائل عديدة أخرى مثل اكتساب ملكية العقارات، تأسيس الشركات، مباشرة تجارة الاستيراد والتصدير الخ^(١٦).

(١٥) وبصفة خاصة ، راجع :

Money Laundering Convention .

للمرجع المشار إليه سابقاً ، ص ١٢ ، كذلك :

ظاهرة غسل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني ، حلقة نقاشية منشورة في مجلة الحقوق - جامعة الكويت المشار إليه سابقاً ، ص ٣٠٥ .

(١٦) ويحتم شراء العقارات وسيلة تقليدية لإعادة الأموال غير النظيفة مرة أخرى لتدخل في الاقتصاد القومي . ويمكن شراء العقارات بواسطة شركات واجهة باستخدام الأموال المشبوهة ، ثم يعاد بيعها ، فتبدو حيلة البيع وكأنها قد جاءت من مصدر مشروع ، وكذلك تكوين شركات وهمية ثم تقوم هذه الشركات بإقراض الأموال لبعض الأشخاص ، أو بالحصول على قروض وهمية وبفوائد عالية وبحيث يتم استبعاد مبالغ الفوائد من احتساب الضرائب عليها وبالتالي يحصل التهرب الضريبي . راجع :

Money Laundering Convention .

للمرجع المشار إليه سابقاً ، ص ١٢ - ١٣ .

ثانياً - أساليب غسيل الأموال :

تتم عملية غسيل الأموال بأساليب وأشكال عديدة تتدرج من البساطة إلى التعقيد ، وبحسب ظروف وطبيعة العملية . ولقد كان للتكنولوجيا دور خطير في تطوير الأساليب التي تستخدم لغسيل الأموال . ولعل التهريب *Smuggling* هو أبسط وأقدم الطرق التي استخدمها غاسلو الأموال . كما استخدمت أساليب أخرى مثل شركات الواجهة *Front Companies* ، والقيام ببعض التصرفات العينية *Real Estate Transactions* ، واستخدام بعض الأنظمة التكنولوجية الحديثة الأخرى مثل التحويل عبر الإنترنت وغيرها . وفيما يلي شرح لهذه الأساليب .

١- التهريب *Smuggling* :

كان التهريب أبرز الأساليب التي يتم بها غسيل الأموال، إذ يقوم المتورطون في العمليات الإجرامية بتهريب المتحصلات النقدية من جرائمهم بأنفسهم أو عن طريق آخرين خارج البلاد. وكان ذلك يتم بأساليب بسيطة مثل إخفاء النقود الورقية في الجيوب الممرية للحقائب أو بوضعها في علب حفاظات الأطفال، وغيرها من الطرق التي تؤدي إلى نقل الأموال خارج البلاد إما بحراً أو برّاً أو جواً. بل انه يمكن القيام بتهريب النقود بإرسالها بالبريد خارج البلاد^(١٧).

(١٧) راجع : -

ولقد حرصت أغلبية الدول على مقاومة التهريب كوسيلة لغسل الأموال عن طريق تعزيز الرقابة الجمركية في مداخل البلاد وعلى الحدود، وبتجريم عدم الإفصاح عما يحمله المسافرين من أوراق نقدية إذا تجاوزت حدود مبلغ معينة. فمثلاً، ينبغي على المسافرين إلى الولايات المتحدة أن يملأ إقراراً بمبالغ النقود التي يحملها إلى البلاد إذا زادت على عشرة آلاف دولار^(١٨).

Dancan E. Alford, Anti - Money Laundering Regulations : A = Burden on Financial Institutions :

وبصفة خاصة في ص ص ٤٤١ - ٤٤٢ ؛ وهناك حالات كثيرة لنقل مبالغ ضخمة للغاية عن غير طريق البنوك ومثال ذلك أنه في عام ١٩٨٠ قام أحد رجال المباحث الفيدرالية الأمريكية بضبط إحدى زعميات عصابات المافيا ومعها مليون وأربعمائة وثلاثون ألف دولار بحياة في ستة علب من لعبة المونوبولي **Monopoly** ، وفي فبراير عام ١٩٨٥ تم ضبط مسافرين على طائرة خاصة نقلت من ولاية تكساس الأمريكية ومعها مبلغ ٥,٩ مليون دولار للخروج ١٤ من الولايات المتحدة ، وفي عام ١٩٨٣ تم ضبط أحد الرجال التابعين لرئيس بنما الأسبق نوريجا وهو يقوم بتهريب مبلغ ١٤٦ مليون دولار وهو مسافر على إحدى الطائرات إلى بنما ، راجع في ذلك :

Scott Sultz , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat it ,

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ١٥٦ - ١٥٧ .

(١٨) وطبقاً لقانون سرية البنوك لعام ١٩٧٠ في الولايات المتحدة ، فإنه ينبغي تقديم تقرير عن العملة أو الأوراق التجارية التي يتم جلبها إلى الولايات المتحدة أو تلك التي تخرج منها ، وذلك إذا زادت قيمة المبلغ عن عشرة آلاف دولار . ولقد قررت المحاكم الأمريكية في مناسبات عديدة إن تفتيش الحقائب والأمتعة الشخصية في المطارات وفي مناسبات الدخول والخروج على الحدود الأمريكية لا يتطلب الحصول على إذن خاص . راجع :

Kimberly Anne Summe, The Battle Against Money Laundering: = An Examination Of U.S. Law, International Cooperative Efforts and

وعلى الرغم من أن التهريب هو أقدم وأبسط الطرق التي ابتكرها غاسلو الأموال، إلا أنه مازال مستخدماً على نحو واسع حتى في أكثر البلاد تقدماً من الناحيتين التكنولوجية والأمنية كالولايات المتحدة الأمريكية. إذ يقدّر حجم المبالغ التي يتم تهريبها خارج الولايات المتحدة بنحو خمسين مليار دولار سنوياً^(١٩).

ومن طرائف عمليات تهريب الأموال التي تنسم في الولايات المتحدة أن نفس الأموال التي يتم تهريبها منها تعود إليها مرة أخرى، ولكن في هذه المرة مطهرة. إذ يقوم المهرب مثلاً بعبور حدود الولايات المتحدة إلى المكسيك، ثم يعود مرة أخرى إلى الولايات المتحدة الأمريكية من منفذ قانوني ويعلن لسلطات الجمارك فيها عن المبالغ التي بحوزته ليكون دخوله بها قانونياً، ثم يقوم هذا المهرب بإيداع هذه المبالغ في البنوك الأمريكية، ولا يلتزم حينئذ بالكشف عن مصدر هذه الأموال أو ملأ الطلب البنكي الخاص بذلك، إذ أن دخوله بالأموال إلى الولايات المتحدة حصل بطريقة قانونية. ثم يعمد هذا المهرب إلى التصرف في هذا المبلغ بالطريقة التي تروقه: إما باستثمارها داخل الولايات المتحدة، أو إعادة تحويلها بنكياً إلى بلد آخر. ولقد اتبع المهربون هذه الطريقة بنجاح

Corporate Governance Issues, Volume 3 No. 2 Journal of =
Money Laundering Control, pp. 236 – 244 (Winter 2000).

وبصفة خاصة في ص ٢٣٧ .

(١٩) انظر :

Scott Sultzer, Money Laundering : The Scope of the Problem
and Attempts to Combat It ,

المرجع المشار إليها سابقاً ، ص ص ١٨٦ - ١٨٧ .

بالغ، لدرجة أنه في بلدة *Brownsville* بولاية تكساس والتي لها حدود مع المكسيك، وصلت قيمة الأموال المهربة فيما بين عام ١٩٨٨ - ١٩٩٠ إلى ثمانية مليارات دولار، وبلغت خمسة مليارات في مدينة *Nogales* بولاية أريزونا، ونفس الرقم الأخير تحقق تقريباً في مدينة سان دييجو بولاية كاليفورنيا^(٢٠).

٢. التصرفات العينية :

لقد لجأ غاسلو الأموال إلى وسيلة أخرى للتمويه على المصدر غير المشروع لأموالهم، وذلك بشراء العديد من الأشياء العينية كالذهب والمجوهرات والعقارات واللوحات النادرة، كخطوة أولى. ثم يقومون في مرحلة تالية ببيع ما تم شراؤه، وذلك في مقابل الحصول على شيكات مصرفية بقيمة الأشياء المباعة، كخطوة ثانية. وفي الخطوة الثالثة، تستخدم هذه الشيكات المصرفية في شكل حسابات مصرفية تفتح لغاسلي الأموال في البنوك المختلفة المسحوب عليها هذه الشيكات. بعدئذ، يقوم أصحاب هذه الحسابات بإجراء العديد من التحويلات المصرفية عن طريق تلك البنوك المسحوب عليها الشيكات بقصد التعقيم على العمليات المشبوهة^(٢١).

(٢٠) السابق، ص ١٨٧ .

(٢١) راجع :

Money Laundering Convention

المرجع المشار إليه سابقاً، ص ١٠-١١، وكذلك في ص ١٢؛ راجع كذلك : الدكتور حمدي عبدالعظيم، غسيل الأموال في مصر والعالم، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٣٦ .

بل إنه زيادة في الحيلة، وإحكاماً لحلقات التمويل، قد يعد غاسلو الأموال، بعد إيداع حصيلة بيع الأشياء العينية لدى البنوك إلى الاقتراض من بنوك أخرى بضمان هذه الإيداعات، ثم استخدام مبالغ هذه القروض في شراء الأسهم أو السندات أو أذون الخزانة أو المساهمة في مشروعات وطنية أو دولية، ثم تحويل الأرباح إلى مواطنهم الأصلية أو إلى أي مكان آخر (٢٢).

٣. نقل الأموال عن طريق المؤسسات المالية غير المصرفية :

ويقصد بالمؤسسات المالية غير المصرفية *Non - Bank Financial Institutions* تلك المؤسسات التي تشترك أو تساهم في عمليات تبادل النقود مثل القيام بالتحويلات البرقية للنقود، أو صرف الشيكات، أو بيع أوامر الدفع *Money Orders* ، أو بيع الشيكات السياحية (شيكات المسافرين) *Traveller's Cheques* . ومن أمثلة تلك المؤسسات المالية: شركات الصرافة، شركات سمرة الأوراق المالية *Securities* ، مكاتب شركة "أمريكان إكسبرس" لبيع شيكات

(٢٢) الدكتور حمدي عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر : العالم ، المرجع السابق ، ص ٣٦ - ٣٧ . ومن النشاطات التي يستخدمها المتهربون في عمليات غسيل الأموال نشاط إنتاج الأفلام السينمائية وتوزيعها ، إذ يتم دفع الأموال داخل البلد المعين مقابل الأفلام ، ثم يتم إعادة تصدير هذه الأفلام للحصول على المقابل النقدي وإيداعه في أحد بنوك بلد المشتري ، ثم يعقب ذلك شراء بضائع عينية من ذلك البلد وإعادة شحنها إلى البلد الأول الذي تم فيه الإنتاج السينمائي ، وبميت تبدو البضاعة الواردة إلى هذه البلد الأخير وكأنها قد دخلت بطريقة شرعية ، انظر : الدكتور هاجد عمار ، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال (دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٥) ، ص ١١٦ .

المسافرين^(٢٣). وتعتبر تلك المؤسسات منفذاً خطيراً لغاسلي الأموال بالنظر إلى كونها غير خاضعة لنفس الرقابة الصارمة التي تخضع لها البنوك. ففي الولايات المتحدة الأمريكية، مثلاً لم يكن هناك وإلى وقت قريب، أي تنظيم قانوني فيدرالي يحكم قيام هذه المؤسسات بالعمليات التي يكون محلها مبادلة (صرافة) أو تحويل النقود، ومع ذلك أصبحت هذه المؤسسات خاضعة أخيراً إلى قانون سرية المصارف *Bank Secrecy Act* لعام ١٩٧٠ وتعديلاته^(٢٤).

(٢٣) :

Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It

الرجع المشار إليه سابقاً، ص ١٨٨ - ١٨٩ . كما يستغل غاسلو الأموال شركات الصرافة للقيام من خلالها بشراء العملات الأجنبية مقابل العملات الوطنية الناتجة عن عمليات مشبوهة أو غير مشروعة . ويحرص هؤلاء على الحصول على العملات الأجنبية بأى سعر ، مما يؤدي إلى ارتفاع سعر صرف العملة الأجنبية في مواجهة العملة المحلية ، وبما يؤثر بشكل خطير على الاقتصاد القومي . ومثال ذلك ما حصل في كل من البرازيل والمكسيك وبيرو من انحيار شديد لأسعار صرف عملاتهم الوطنية في فترة زمنية قصيرة . وراجع :

Robert Grosse, Mexico: The Black Market in Foreign Exchange and its Relationship with Narcotics Money Laundering, Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 67 – 80 (Summer 1999).

(٢٤) ومن أمثلة هذه المؤسسات المالية غير المصرفية ما يعرف بـ: *Casas de Cambio* وهي شركات ومؤسسات نشأت بفرض استبدال العملة المكسيكية " البيزو " بالدولار الأمريكي ويقدر عددها حالياً بأكثر من ألف شركة ومؤسسة . ويتراوح حجم الأموال التي يتم غسلها شهرياً عن طريقها بحوالي خمسة ملايين دولار ، ووصل أكثر معدل لغسل الأموال في إحدى التقديرات إلى أكثر من مائتي مليون دولار في غضون ستة أشهر . ويقرر البعض أن مؤسسات *Casas de Cambio* تتقاضى نسبة تتراوح بين ٣% إلى ٥% للقيام بمثل -

٤. شركات الواجهة *Front Companies* :

قد يعتمد غاسلو الأموال ، وبالأذات في العمليات الدولية الكبرى والمنظمة، إلى إنشاء شركات أجنبية صورية يطلق عليها في بعض الأحيان *Shell Companies* أي الشركات الصورية أو شركات الواجهة *Front Companies* . وهذه الشركات لا تنهض بالأغراض المنصوص عليها في عقود تأسيسها أو أنظمتها الأساسية، بل تقوم بالوساطة في عمليات غسل الأموال غير النظيفه. وعادة ما يصعب تعقب النشاط غير المشروع لهذه الشركات وخاصة إذا كانت تقوم في ذات الوقت بجانب من العمليات المشروعة^(٢٥). وعلاوة على ذلك، فإن هذه الشركات لا تخضع

- هذه العمليات . ومن أبرز المؤسسات المالية غير المصرفية أيضاً شركة أمريكيان أكسبريس *American Express* ، وهي لا تقوم بأي نشاط إجرامي كما تلتزم بجميع الإجراءات والقواعد النصوص عليها في القانون ، ولها أكثر من ٣٧,٠٠٠ وكيل وفسر في أرجاء العالم، ومع ذلك فإن الشيكات التي تصدرها مثل الشيكات السياحية وغيرها تصدر وسائل لنقل الأموال المشبوهة يستغلها غاسلوها . كذلك تورطت بعض كوريات شركات الشحن والتعامل في الأوراق المالية في (وول ستريت) في نيويورك في عمليات غسل الأموال ، ومثال ذلك أنه تم تغريم شركة بمبلغ قدره مليون دولار لدورها في إحدى تلك العمليات لقبولها كمية ضخمة من الأموال السائلة وعدم كتابة التقرير اللازم عنها إلى الجهات المختصة طبقاً للقانون . راجع في ذلك :

Scott Sultz, Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat It

المرجع المشار إليه سابقاً وبصفة خاصة ص ص ١٨٩ - ١٩١ .

(٢٥) راجع بصفة عامة :

Michael Blair, Money Laundering Control in the Financial Regulation Context, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 102- 103 (Autumn, 1999); William F. = Bruton, Money Laundering: Is It Now A Corporate Problem ?

في بلاد كثيرة لنفس درجة الرقابة التي تخضع لها البنوك أو لإجراءاتها في العمل. ومن صور تلك الشركات: شركات السياحة - شركات الاستيراد والتصدير - شركات التأمين - شركات محلات المجوهرات الكبرى ... الخ (٢٦).

ويحصل غسيل الأموال عن طريق شركات الواجهة من خلال أساليب عديدة. فقد يقوم المتورطون في عمليات غسيل الأموال بشراء الشركات الخاسرة أو التي على شفا الإفلاس أو في مرحلة التصفية (كشركات الصرافة، أو سلسلة مطاعم، أو سلسلة فنادق مثلاً) ثم يقومون بدعمها مالياً بفرض إقالتها من عثرتها ويهدف إنجاحها كخطوة لتعظيم إيراداتها المالية ليكون ذلك ستاراً على أموالهم غير النظيفة. والطريف في الأمر، أن تلك الشركات عادة ما تقوم بسداد كافة التزاماتها في ظل القانون الوطني الذي تنشأ في ظله، وبصفة خاصة ما يتعلق بسداد الضرائب، حتى لا تنور للشكوك حولها أو

Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 9-10 =
(Summer, 1999).

الدكتور حمدي عبدالمعطي ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٨ .

: (٢٦)

Scott Sutzer , Money Laundering : The Scope of the Problem
and Attempts to Combat It,

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ١٩٢ - ١٩٣ .

حول ثروتها المفاجئة^(٢٧).

ومن الصور التي تتخذها شركات الواجبة لغسل الأموال ما قد تقوم به إحدى هذه الشركات من شراء بضائع من شركة أجنبية بسعر منخفض والسعر الحقيقي في حساب سري للشركة الأمرة في أحد البنوك الأجنبية لدولة تفرض سياجاً محكماً للسرية على الحسابات المصرفية^(٢٨).

كما قد يتم غسل الأموال من خلال توظيف الأموال غير النظيفة في شركات التأمين ، ويكون ذلك مثلاً بشراء وثيقة تأمين ذات قسط سنوي *Single premium annuity* ولصالح شخص باسم مزيف أو باسم شركة ما، وعلى أن يقوم من صدرت الوثيقة لصالحه بإلغائها بعد فترة وجيزة، مع الالتزام بالشروط الجزائية المنصوص عليها في عقد التأمين بسبب إنهاء الوثيقة قبل موعدها. ثم تقوم شركة التأمين برد مبلغ قسط التأمين بأكمله إلى المؤمن له بشيك أو بمرسال هذا المبلغ بناءً على طلب صاحب المصنحة إلى حسابه الخاص لدى أحد البنوك وبذلك تنتهي الشبهة حول عدم مشروعية هذا المال، لأنه يجد مصدره في عقد التأمين نفسه. وعلى جانب آخر، فقد تنشأ شركات تأمين خارج الإقليم - *Off Shore* لكي يتم استخدامها في عمليات ايداع وتوظيف وترقيد وإمماج الأموال غير النظيفة، وبحيث تعمل هذه الشركات في ظل قوانين الدول

(٢٧) قارب : الدكتور هادي عبدالعظيم ، غسل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٨ .

(٢٨) السابق ، ص ص ٣٨ - ٣٩ .

التي لا تتطلب رقابة صارمة على أعمال شركات التأمين. وتتولى هذه الشركات التأمين لصالح غاسلي الأموال وبحيث تتلقى الأموال غير النظيفة كأقساط لوثائق التأمين . وفي نفس الوقت تحرص هذه الشركات على خلق نظام محاسبي جيد لكي تظهر بمظهر الشرعية، ثم يقوم غاسلو الأموال بتقديم مطالبات زائفة سبق ترتيبها مع شركات التأمين نفسها لنقوم هذه الأخيرة بدفع التعويضات التأمينية ، وبذلك تنقطع الصلة بين الأموال المشبوهة ومصدرها غير المشروع (٢٩) .

ويتطلب القيام بعمليات غسل الأموال من خلال شركات الواجهة مساعدة من بعض المؤسسات المالية وذلك للقيام بالتحويلات النقدية واستبدال العملات . ولما كان القيام بذلك يصطدم بآليات العمل المصرفي . بما فيها رقابة البنك المركزي ، فقد آل القيام بهذا الدور إلى شركات الصرافة وشركات السمسرة في بورصات الأوراق المالية . ومن خلال هذه المؤسسات غير المصرفية ، تستطيع شركات الواجهة التعامل مع البنوك الكبرى في أي مكان في العالم (٣٠) .

(٢٩) راجع :

Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It,

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٩٣ هامش ٣١٣ .

(٣٠) راجع :

Betty Santangelo and Marc E. Elovitz , Money Laundering and Suspicious Activity Reporting : What's a Broker – Dealer To Do?... ..

المرجع المشار إليه سابقاً ص ٢٩٦ – ٢٩٧ .

٥- التحويل البرقي للنقود Wire Transfer :

يلجأ غاسلو الأموال إلى أسلوب التحويل البرقي للنقود بسبب الثغرات التي تعترى هذا النظام . ذلك أن كثيراً من البنوك ليست أعضاء في نظام Fedwire ، كما أن عدداً قليلاً منها عضو في نظام CHIPS أو " Clearing House for International Payment System " وهو عبارة عن عملية غرفة مقاصة تسوية في نهاية اليوم . ويترتب على ذلك ، أنه يتعين على معظم البنوك استخدام ما يعرف بنظام SWIFT للتصريح بإجراء المعاملات المالية برقياً ، أي استخدام نظام البنوك المراسلة لإتمام عملية التحويل : Society for worldwide International "SWIFT" Financial Telecommunications ووفقاً لنظام سويفت، فإن البنك الذي يقوم بتنفيذ التحويل لا يعلم الغرض من التحويل، إذ أن البنك المصرح وحده هو الذي يقع عليه واجب التحري عن غرض العميل من هذا الاستخدام. وعليه، فإن التحويلات الصادرة من بنوك أجنبية غالباً ما تكون خالية من اسم العميل المنشئ، إذ تقتصر على ذكر عبارة " إن عميلنا يرغب في تحويل مبلغ إلى عميلكم" (٣١).

وأدرك غاسلو الأموال أن بإمكانهم استخدام نظام التحويل البرقي لإيداع النقود لدى البنوك في الخارج ، وذلك دون الحاجة إلى الإعلان

(٣١) :راجع :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations : A Burden on Financial Institutions ,

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٦٤ – ٤٦٥ .

عن أسمائهم^(٣٢). وبعد أن يتم إيداع النقود لدى البنوك، يقوم هؤلاء الأشخاص بعدئذ بتحويلها برقباً مرة أخرى إلى حساب شركة من شركات الواجهة مثلاً يمتلكونها خارج البلاد في بلد يأخذ نظامه بالسرية الكاملة لعمليات البنوك، ولا يسمح لأحد بالاطلاع على دفاترها أو الكشف عن حقيقة عملاء البنك أو تتبع حركة الحسابات داخل البنوك. ثم تقوم شركات الواجهة بالاقتراض من أحد البنوك بضمان ما سبق إيداعه بحسابها، وذلك بغرض إعادة الأموال مرة أخرى إلى المهربين^(٣٣).

كما استغل غاسلو الأموال انشغال سلطات مكافحة وتركيزها على تعقب العمليات التي تتضمن استخدام النقود العادية في تنظيف الأموال لكي يقوموا بعملياتهم المشبوهة من خلال التحويلات البرقية للنقود. أضف إلى ذلك أن نظام التحويلات البرقية نفسه لا يسمح بالتعرف على طبيعة العملية موضوع التحويل، وخاصة أن عمليات التحويل قد تتم عن طريق تدخل أكثر من بنك مراسل *Correspondent Bank*، وبحيث لا يكون في مقدور البنك المراسل أو حتى البنك الأخير في سلسلة عملية التحويل التحري عن موضوع العملية بالنظر للسرعة الفائقة التي تتم بها عمليات التحويل البرقي للنقود، وبما يشجع غاسلو الأموال على استخدام هذه الوسيلة لنقل أموالهم عبر

(٣٢) قارب : المقالة السابقة ، ص ٢٦٥ .

(٣٣) في نفس المعنى ، راجع : الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٣٨ - ٣٩ ؛ الدكتور ماجد عمار ، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال ، المشار إليه سابقاً ، ص ٩٩ - ١٠٠ .

المؤسسات المالية^(٣٤). وعليه، فإنه ينبغي على السلطات المختصة الاتصال بكل بنك تدخل في التحويل لتجميع المعلومات عن أي عملية مشبوهة؛ ولا شك أن هذا أمر غاية في الصعوبة، خاصة وأن البنوك التي تشترك في التحويلات البرقية عادة ما تكون كاتنة في أقاليم ودول مختلفة. وعلاوة على ذلك، فإن التحويلات البرقية تتم وفقاً للنموذج الذي يضعه كل بنك. وهذه النماذج تختلف من بنك لآخر وبالأذات فيما يتعلق بشكلها والأرقام والرموز المستخدمة *Codes* ، وبما يستوجب تدريب السلطات المختصة على حل الشفرة السرية التي يستعملها كل بنك^(٣٥). ويزيد الأمر صعوبة، أن التحويلات البرقية، وعلى خلاف الشيكات، يتم تسويتها بسرعة فائقة. كما أن غاسلي الأموال عادة ما يقومون بإرسال تحويلاتهم البرقية عن طريق بنوك في دول تتميز بقوانين السرية المطلقة للحسابات المصرفية، وبذا يصبح التحري عن مصدر أو حقيقة هذه الأموال غاية في الصعوبة^(٣٦).

وقد يكون البنك المتلقي لأمر التحويل بنكاً صغيراً فيضطر إلى الاستعانة ببنك مراسل كوسيط لاستكمال تنفيذ أمر التحويل في بلد آخر ، ولا شك أن استخدام البنك المراسل يضيف صعوبة بالنسبة

(٣٤) أنظر :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions,

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٤٦٤ – ٤٦٥ .

(٣٥) المقالة السابقة ، ص ٤٦٥ .

(٣٦) السابق ، ص ٤٦٥ .

لسلطات مكافحة غسل الأموال ، ويزداد الأمر تعقيداً في حالة إذا كان البنك المراسل نفسه ليس عضواً في إحدى شبكات التحويل البرقي، إذ يضطر هذا البنك الوسيط إلى الاستعانة ببنك آخر عضو في الشبكة^(٣٧).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية ، أدرك المشرع الأمريكي أهمية وخطورة نقل الأموال بطريق التحويل البرقي. ففي عام ١٩٩٣ وحدها كانت تتم خلال يوم العمل الواحد ٤٠٠,٠٠٠ عملية تحويل برقي بطريق *CHIPS* و *Fedwire* وبما يقدر بمبلغ واحد ونصف تريليون دولار أمريكي ، وذلك علاوة على عمليات التحويل الإلكتروني الأخرى التي تتم بطريق نظام *SWIFT* وهو نظام بلجيكي^(٣٨). وذلك إلى جانب عمليات التحويل البرقي التي تتم عن طريق المؤسسات المالية غير البنكية والتي يصل حجمها إلى حوالي ١٢,٧ مليون دولار سنوياً في داخل الولايات المتحدة

(٣٧) السابق ، ص ٤٦٥ - ٤٦٦ .

(٣٨) راجع :

Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It,

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٢٣ - ٢٢٤ ، وفي شرح لأنظمة التحويل البرقي :

Lee R. Sneddon, The Future of Funds Transfers: The Impact of CHIPS/CHAPS/FEDWIRE and the Regulations on. Capital Adequacy and Money Laundering, pp. 9 - 24 (published in Funds Transfer in International Banking, editor Charles del Busto 1992).

الأمريكية وحدها^(٣٩). ويلاحظ أن عمليات التحويل البرقي تعتبر ذات جانبيه خاصة لغاسلي الأموال نظراً للسرعة الفائقة التي تتم بها، ونظراً لتكلفتها الزهيدة والتي لا تزيد عن ١٨ سنت أمريكي للعميلة الواحدة بغض النظر عن حجم العميلة أو مبلغها^(٤٠).

وفي ظل اللوائح المنظمة للبنوك في الولايات المتحدة الأمريكية ، فإنه يتعين على البنوك الاحتفاظ بسجلات *Records* تفيد فيها كل عملية تحويل برقي تزيد قيمتها عن مبلغ قدره ١٠,٠٠٠ دولار، وتقرر هذا الالتزام على عاتق كل من البنك المصدر أو المنشئ للعميلة *Originator Bank* وكذلك بنك المستفيد *Beneficiary's Bank*^(٤١). ولكن يلاحظ أن التنظيم القانوني للتحويلات البرقية تم بموجب الفصل (4 A) من التقنين التجاري الموحد *Uniform Commercial Code* والذي لا يستلزم وضع معلومات عن المستفيد من أمر التحويل ، وبما قد ينعكس على إمكانية حصول غش في أوامر التحويل الإلكتروني للأنود^(٤٢). وعلاجاً لهذا الوضع أصدر بنك الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي في ٣ يناير عام ١٩٩٥ تعليمات ولوائح *Regulations* ، وذلك

(٣٩) مقالة .

Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It,

المقالة السابقة ، ص ٢٢٤ .

(٤٠) المقالة السابقة ، ص ٢٢٤ .

(٤١) المقالة السابقة ، ص ص ٢٢٤ - ٢٢٥ .

(٤٢) المقالة السابقة ، ص ص ٢٢٤ - ٢٢٥ .

للتوفيق بين اعتبارين جوهريين: تلبية حاجة السلطات المختصة في إيجاد وسائل فعالة لتعقب عمليات التحويل البرقي المشكوك في أمرها، من ناحية؛ والإبقاء على الكفاءة والسرعة اللازمة للعمليات المصرفية، من ناحية أخرى. ولقد أصبحت هذه التعليمات واللوائح سارية ابتداءً من الأول من يناير عام ١٩٩٦^(٤٣). وتتسم هذه اللوائح، بصفة عامة، بالمرونة وباتساع نطاقها من حيث المعلومات التي يتعين على البنك الاحتفاظ بها عن العميل وعن العملية. وتتوجب هذه اللوائح من البنك المصدر *Originator Bank*، أي البنك الذي يقبل أمر الدفع، أن يحتفظ ببيانات العملية وأن يتحرى بدقة *Verify* كل البيانات التي تتعلق بشخصية وتحديد هوية الأمر، سواء كان هذا الأمر عميلاً أو زبوناً دائماً *Established Customer* للبنك وذلك بالتأكد من اسمه ورقم حسابه، أو عميلاً عابراً *Occasional Customer* وذلك بالتحقق من وثيقة هويته والاحتفاظ ببياناتها^(٤٤). كما يتعين على البنك المصدر أن يرسل، مع رسالة التحويل البرقي، كافة المعلومات المتاحة لديه عن العميل وعن ظروف العملية إلى البنك المستقبل أو البنك الوسيط. ولكن لا يلتزم البنك المصدر أن يتحرى أو يتأكد أو يصادق على المعلومات التي تخص المستقبل، ومع ذلك إذا توفرت لديه هذه المعلومات، كان عليه إرسالها مع رسالة التحويل البرقي. ولكن يقع على بنك المستقبل واجب التحقق من شخصية المستقبل النهائي، وذلك إلى أكبر درجة ممكنة وطبقاً للسجلات

(٤٣) المقالة السابقة، ص ٢٢٦.

(٤٤) المقالة السابقة، ص ٢٢٧ - ٢٢٨.

التي يحتفظ بها هذا البنك^(٤٥). كما يجب على البنوك الوسيطة في العملية *Intermediary Banks*، أي تلك البنوك التي تستقبل أوامر التحويل ثم تقوم بإرسالها أو نقلها مرة أخرى إلى بنك وسيط آخر أو إلى بنك المستفيد، أن تحتفظ هي الأخرى بسجلات كاملة عن التحويل وأن تقوم بنقل هذه المعلومات إلى البنك أو البنوك التالية في العملية، ولكن يلاحظ أن البنوك الوسيطة ليس عليها التزام بالتحري عن صحة هذه المعلومات. ومن الجدير بالذكر أن هذه القواعد اللاتحجية تسري أيضاً على المؤسسات المالية غير المصرفية. كما تنطبق هذه اللوائح على أي عملية تحويل برقي يزيد مبلغها عن ثلاثة آلاف دولار^(٤٦).

ولتعزيز أهمية الحصول على المعلومات المتعلقة بهوية المرسل في عملية التحويل البرقي، فقد ابتكرت *SWIFT* نموذجاً جديداً هو (*MT103*) والذي بدأ العمل به من نوفمبر عام ١٩٩٧. ويعمل هذا النموذج في ظل نظام بث معين، كما يحتوي على كل البيانات المتعلقة بالمرسل والمتلقي أو المستفيد. كما أصدرت *SWIFT* دليل إرشادات للبنوك والمؤسسات المالية لكيفية استخدام نظام التحويلات البرقية^(٤٧).

(٤٥) المقالة السابقة، ص ص ٢٢٨ - ٢٢٩.

(٤٦) المقالة السابقة، ص ص ٢٢٩ - ٢٣٠.

(٤٧) راجع :

Bruce Zagaris, A Brave New World: Recent Development in Anti - Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters, Volume 32 Vanderbilt = Journal of Transnational Law pp. 1023 - 1116 (1999).

٦- استخدام أحدث الوسائل التكنولوجية لتحويل النقود :

إن التكنولوجيا الحديثة واعدة في إحداث ثورة في الممارسات والنظم المصرفية الحالية. ومع نجاح استخدام هذه التكنولوجيا، تزداد بشدة فرص نجاح غاسلو الأموال في القيام بعملياتهم المشبوهة^(٤٨). ومن أبرز الوسائل الحديثة في نقل وتحويل النقود : بنوك الإنترنت ونظام الكارت الذكي.

(أ) بنوك الإنترنت :

ومن أهم وأخطر الوسائل التكنولوجية الحديثة ما يعرف بنظام *Cyberbanking* أو البنوك عبر الإنترنت، وهي ليست في الواقع بنوكاً بالمعنى اللغوي للضائع والمالوف، إذ هي لا تقوم بقبول الودائع مثلاً أو تقديم التسهيلات المصرفية أو غيرها من العمليات المصرفية المعتادة، ولكنها عبارة عن وسيط في القيام ببعض العمليات المالية وعمليات البيوع. فيقوم المتعامل مع *Cyberbanking* بإدخال الشفرة السرية من أرقام أو خلفه وطباعتها على الكمبيوتر *Encryption* ، ومن ثم

- وصفة خاصة في ص ١٠٣١ - ١٠٣٢ .

(٤٨) راجع بصفة خاصة :

Gorson Hutchins , The Electronic Dimension to Money Laundering -The Investigator's Perspective, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control , pp. 233 – 235 (Winter 2000).

يستطيع تحويل الأموال بالطريقة التي يأمر بها الجهاز^(٤٩).

وهذه الوسيلة تتيح لغاسلي الأموال نقل أو تحويل كميات ضخمة من الأموال بسرعة وأمان. فهذه البنوك تعمل في محيط من السرية الشاملة، إذ لا يكون المتعاملون فيها معطوي الهوية، أضف إلى ذلك أن هذه البنوك غير خاضعة لأية لوائح أو قوانين رقابية. ويرتفع الأمر إلى أقصى درجات الخطورة إذا علمنا أن الحدود الوطنية ليست عائقاً أمام إجراء أي حجم من المعاملات المالية عن طريق هذه البنوك بطريقة فورية ودون إمكان تعقبها^(٥٠).

وعليه، فقد أصبح القيام بمرحلتي الاندماج والترحيل لغسيل الأموال أكثر يسراً وسهولة من خلال هذه الوسيلة التكنولوجية الحديثة (أي التحويل عبر الإنترنت) إذ يتمكن غاسلو الأموال من تحويل أرصدتهم عدة مرات يومياً في أكثر من بنك حول العالم، ومع ذلك يكون تعقبهم أو كشف أمرهم شيئاً مستحيلاً. ومما يزيد الأمر هلعاً أن بنوك عبر الإنترنت *Cyberbanking* يمكن أن تعمل لفترات طويلة مع الانتقال دورياً خارج الحدود الوطنية ودون أن تتوقف وذلك من خلال بعض

(٤٩) راجع :

Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the Problem and Attempts to Combat It

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ١٩٥ - ١٩٦ .

(٥٠) المقالة السابقة ، ص ١٩٦ .

الرسائل الإلكترونية السريعة *Phantom electronic forwarding* addresses وذلك بهدف تجنب أي ملاحقة أو اقتضاح لأمرها^(٥١).

ولقد كان موضوع بنوك الإنترنت *Cyberbanking* ، لخطورته، محط اهتمام الحكومة الأمريكية، والتي قامت في عام ١٩٩٣ باقتراح خطة لإنشاء نظام *Encryption* موحد على مستوى الولايات المتحدة الأمريكية يعرف باسم *Clipper - Chip* لتعميمه على جميع أجهزة الكمبيوتر التي تقوم بنقل البيانات. وبمقتضى هذا النظام يمكن السماح لإشارات *Encreption* بالمرور عبر الإنترنت وبحيث تحتفظ الحكومة الفيدرالية بمفتاح لفك الشفرة للعمليات المشكوك في أمرها والتي تمر عبر شبكة الإنترنت. ولكن هذه الخطة فشلت فجأة، لقيام شخص أمريكي بابتكار برنامج آخر يطلق عليه "بريتي جود بريفي" أو "Pretty Good Privacy" (PGP) أو ما يمكن أن يطلق عليه بتصرف نظام الخصوصية المحكم" وهو نظام لا يمكن لأي شخص أو لا للحكومة الفيدرالية الأمريكية نفسها فك رموزه. ولقد انتشر برنامج *PGP* بصورة كبيرة في جميع أنحاء العالم على الإنترنت^(٥٢).

ولقد أنشأت الحكومة الأمريكية قوة عمل *Task force* لكي تتعامل مع هذه المشكلة وتواجهها، ويمكن لهذه القوة للتعاون والتعامل مع الهيئات الصناعية المختلفة من أجل إيجاد وسائل بديلة فعالة لفك رموز *PGP*.

(٥١) المقالة السابقة ، ص ١٩٦ .

(٥٢) المقالة السابقة ، ص ص ١٩٦ - ١٩٧ .

ولكن لم تتجح إلى الآن مجهودات الحكومة الأمريكية في هذا الخصوص^(٥٣).

(ب) الكارت الذكي :

وهناك أسلوب تكنولوجي آخر حديث يعرف باسم *Smart Card* أو الكارت الذكي، وهي تكنولوجيا نشأت في إنجلترا وامتد العمل بها في الولايات المتحدة الأمريكية. ويعتبر الكارت الذكي كثير الغشبه بكارت الدين *Debit Card*^(٥٤). والفارق بينهما، هو أن الكارت الذكي يقوم بصرف النقود التي كان قد سبق تحميلها من العميل مباشرة إلى القرص المغناطيسي عن طريق ماكينة تحويل آلية *Automatic Transfer Machine (ATM)* ، أو أي تليفون مُعدّ لهذا الغرض^(٥٥).

ويزيد الأمر خطورة أن للكارت الذكي خاصية الاحتفاظ بملايين الدولارات مخزنة على القرص الخاص به *Chip*. ثم يمكن بسهولة نقل

(٥٣) المقالة السابقة ، ص ١٩٧ .

(٥٤) في شرح نظام كارت الدين *Debit Card* ، راجع :

William H. Lawrence, Commercial Paper and Payment Systems, Volume 2 (Butterworth Legal Publishing 1990).

وبصفة خاصة في ص ص ٣٤ - ٣٥ من الباب السادس عشر.

(٥٥) :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat It

المقالة المشار إليها سابقاً . ص ١٩٧ .

هذه الأموال إلكترونياً على كارت آخر بواسطة التليفون المعد لذلك، وبدون تدخل أي بنك من البنوك. وبهذا يكون نظام الكارت الذكي بمنأى عن تدخل إشراف أو مراقبة أي جهة^(٥٦).

ومن المتوقع أن تكون تكنولوجيا الكارت الذكي مكملية لنظام *Cyberbanking* ، وبذا تكون قد توفرت لغاسلي الأموال الأساليب المحكمة للقيام بعملياتهم المشبوهة.

(٥٦) المقالة السابقة ، ص ١٩٧ .

المطلب الثاني

مسئولية البنوك وغسيل الأموال

بصفة عامة، يمكن تعريف جريمة غسيل الأموال بأنها القيام عن علم بنقل أو تحويل أو إيداع أموال متحصلة عن نشاط غير مشروع أو المساعدة في ذلك، وذلك بقصد إخفاء حقيقة هذه الأموال. ويسري هذا التعريف أيضاً على الحالات التي يتم فيها اكتساب ملكية الأموال المشبوهة أو حيازتها أو استعمالها مع العلم وقت تلقيها أنها متحصلة عن جريمة أو عن المساهمة فيها^(٥٧).

(٥٧) راجع :

R. E. Bell, Prosecuting the Money Launderers : Who Act for Organised Crime, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control, pp. 104-112 (Autumn 1999).

وخاصة في ص ص ١٠٤ - ١٠٥ ، راجع كذلك :

Pedro R. David, Mercosur: Organized Crime, Money Laundering and Harmonisation of Legislation, Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control pp. 63-65 (Summer 1999); **Michael Levi**, New Frontiers of Criminal Liability: Money Laundering and Proceeds of Crime, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 223-232 (Winter 2000)

وقارب أيضاً :

Duncan E. Alford, Anti - Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٣٧ - ٤٣٨ .

وعليه، قد تتعرض البنوك للمسئولية عن تلقيها أو قبولها لأموال تعلم عند تلقيها لها أنها متحصلة عن فعل إجرامي أو عند حيازتها أو استعمالها لهذه الأموال بأي شكل من الأشكال.

وفيما يلي نعالج مدى اعتبار البنك مساهماً في النشاط الإجرامي لغسيل الأموال، ومدى اعتبار البنك مرتكباً لجريمة إخفاء أشياء متحصلة عن جريمة عند قبوله إيداع الأموال غير النظيفة. ثم نعرض أخيراً، لجريمة غسيل الأموال كجريمة مستقلة ومدى إمكان القول بارتكاب البنك لتلك الجريمة.

أولاً - مدى اعتبار البنك مساهماً في غسيل الأموال:

ذهب البعض إلى أن قبول البنك إيداع أو تحويل الأموال غير النظيفة، مع علمه بالجريمة الأولية التي أنتجت الأموال التي تودع لديه، من شأنه تيسير غسيل الأموال، واعتبار البنك لذلك، مساهماً في النشاط الإجرامي لغسيل الأموال. ويلاحظ في هذا الخصوص اتساع معنى "العلم" *Knowledge* ، فلا يشترط أن يكون البنك يعلم مباشرة بعدم مشروعية المصدر للأموال المشبوهة، بل يكفي لتحقيق هذا العلم أن يكون من الممكن استخلاصه من مجموع الظروف الموضوعية التي تحيط بالواقعة نفسها، وذلك فيما إذا كانت العملية المصرفية مثيرة للريبة بصورة جلية من خلال ظروف الحال^(٥٨). ومن ثم ، فإنه يتعين على البنوك، لكي لا

(٥٨) وعلى سبيل المثال ، أصدر المجلس الوزاري للسوق الأوروبية المشتركة توصية في العاشر من

يونيو بأن (العلم) أو (البينة) في نشاط غسيل الأموال يمكن أن يستخلص من الظروف الواقعية

الموضوعية *Objective factual circumstances* ، راجع : -

تقع تحت طائلة المسؤولية، أن تتخذ التدابير المعقولة للتحقق من هوية الأشخاص المتعاملين معها في عملياتهم المصرفية المتنوعة كفتح الحسابات، والتحويلات، وإيجار الخزائن الحديدية، والتحويلات الإلكترونية للنقد، وإجراء المعاملات النقدية ذات الحجم الكبير، لا سيما وأن هذه العمليات كمائر العلاقات المصرفية تبنى على الثقة والاعتبار الشخصي إلى حد كبير^(٥٩). فاتخاذ هذه التدابير من شأنه نفي تورط أو

**Berta Esperanza Hernandez , Money Laundering and Drug =
Trafficking Controls Score a Knockout Victory Over Bank
Secrecy**

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٨٤ . ومع ذلك فيلاحظ أن بعض القوانين لا يشترط "العلم" لقيام الجريمة وإنما يكفي في ذلك بتوفر وصف الإهمال negligence في سلوك مرتكب الجريمة ، راجع :

**Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an
International Financial Enforcement Subregime: The
Implementation of Anti – Money Laundering Policy, Volume 19
Brooklyn Journal of International Law, pp. 871-965 (1993).**

وصفة خاصة في ص ص ٩٠٨ - ٩٠٩ .

(٥٩) وهنا ما يعرف في العمل المصرفي بمبدأ "اعرف عميلك" أو Know your customer . فشلاً في الولايات المتحدة الأمريكية وأستراليا يوجب القانون على البنوك ضرورة إبلاغ الحكومة تلقائياً ببعض المعلومات عن العملاء ، إذ تقوم الحكومة عندئذ بمقارنتها بالمعلومات المتوفرة لديها والمخزنة في نظام الكمبيوتر وذلك فيما يخص البيانات المتعلقة بالضرائب وغيرها التي تتعلق بالنشاطات المشبوهة . أما في فرنسا ، فإن متطلبات مبدأ "اعرف عميلك" ليست نفس الشدة التي عليها في الولايات المتحدة ، فالقانون الفرنسي يوجب على البنوك الاحتفاظ لبعض السجلات بالمعلومات عن العملاء وعن بعض العمليات المصرفية ولا يوجب نقل هذه المعلومات إلى الحكومة اللهم في حالات وحوادث تحقيق جنائي في الموضوع ، راجع :

**Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla , Constructing an
= International Financial Enforcement Subregime**

مساهمة البنك، بأي شكل في النشاط الإجرامي، وبصفة خاصة ، يتعين على البنوك إبلاغ الجهات الحكومية المختصة عن العمليات المشبوهة *Suspicious transactions* . فإذا لم يحدث هذا الإبلاغ في الوقت المناسب، كان من الجائز اعتبار البنك مسؤولاً من الناحية الجنائية^(٦٠). وتواجه البنوك مشكلة خطيرة عند قيامها بالتحري حول الاستنباه في عملية ما. فلو قام البنك بالإبلاغ عن كون العملية مشبوهة ثم تبين بعد إجراء التحقيق لدى الجهات المختصة عدم صحة للشك في هذه العملية، فقد تتعقد مسؤولية البنك تجاه العميل^(٦١). ولقد حكم في فرنسا بإدانة مدير أحد البنوك باعتباره مساهماً في جريمة أصلية قام بها أحد العملاء، وكانت عبارة عن جريمة تهريب أوراق نقدية، إذ قام هذا المدير بمساعدة العميل في استبدال بعض الأوراق النقدية الصغيرة بأوراق كبيرة فئة الخمسمائة فرنك حتى تسهل عملية التهريب إلى دولة أخرى. ولقد اعتبر للحكم البنك مساهماً في جريمة تهريب النقد الأجنبي لكونه قد رفض الإفصاح عن شخصية هذا العميل على أساس السر المصرفي، مع أن

- المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٩٠٩ - ٩١٠ .

(٦٠) المقالة السابقة ، ص ٩١٠ .

(٦١) كما تواجه البنوك مشكلة أخرى حال قيامها بالإبلاغ عن العمليات المشبوهة . فلو قامت البنوك بإبلاغ السلطات المختصة بمعلومات تفصيلية عن العميل ، فقد تتعقد مسؤوليتها أمام هذا العميل عن إخلالها بعلاقة الثقة والسرية المصرفية . وفي نفس الوقت لو أن البنوك حجت بعض المعلومات عن السلطات المختصة ، فقد تنهم بعرقلة التحقيق وبالتعاون مع غاسلي الأموال . راجع :

Duncan E. Alford, Anti - Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٤٥٨ - ٤٥٩ ، وأيضاً في ٤٦٣ .

مدير البنك كان يعلم بحقيقة العملية التي دفعت بالعمل إلى استبدال الأوراق النقدية^(٦٢).

وبصفة عامة، تتخذ المساهمة الجنائية واحدة من ثلاث صور:
فهي إما أن تكون في شكل التحريض، أو في شكل الاتفاق الجنائي، أو في شكل المساعدة^(٦٣). ومن الصعب تصور مساهمة البنك في الجريمة بالتحريض أو بالاتفاق. ولكن التساؤل يرد بالذات على مدى إمكان اعتبار البنك مساهماً في صورة المساعدة بما يقوم به من تزويد العميل بالوسيلة التي تيسر له جني ثمار جريمته.

ويذهب الرأي الراجح في فقه القانون الجنائي إلى صعوبة اعتبار البنك مساهماً في جريمة غسيل الأموال حتى في صورة المساعدة، وذلك من ناحيتين:

فمن ناحية أولى، يراعى أن فعل المساهمة الجنائية يتعين أن يكون سابقاً أو على الأقل معاصراً للجريمة الأصلية. ومن هذه الزاوية

(٦٢) :

Tribunal de Grande instance de LAURE, 4 November (1971) p. 276 note C. CAVALDA.

كما هو مذكور ومشار إليه في مؤلف: الدكتور سليمان عبدالمعزم، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفية (دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ١٩٩٩) في ص ٤٢ .

(٦٣) راجع في صور الركن المادي للمساهمة النجبة : الدكتور علي القهوجي، شرح قانون العقوبات - لقسم العام (الكتاب الأول - النظرية العامة للجريمة ١٩٩٧) وخاصة في ص ٤٦٢ - ٤٧٥ ؛ الدكتور محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - لقسم العام (دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٦) ص ٤٠٢ - ٤١٣ .

يصعب القول بأن فعل البنك يشكل مساهمة في الجريمة، ذلك أن الجريمة الأولية أو الأصلية تقع قبل قبول البنك للأموال غير النظيفة. ومن ثم لا يمكن اعتبار نشاط البنك - بقبوله إيداع الأموال - على أنه السبب المنشئ للجريمة الأصلية التي نتجت عنها الأموال غير النظيفة. وحتى على الافتراض الجدلي، بأن هناك حالات قد توجد لتواطؤ البنك مع مرتكبي جرائم غسيل الأموال، إلا أن هذا التواطؤ - إن وجد - لا يرقى إلى حد السبب في الجريمة وخاصة إذا كان لاحقاً لمجرد تأمين ثمار الأموال المتحصلة عن الجريمة^(٦٤).

ومن ناحية ثانية، لما كانت المساهمة الجنائية تقتضي من المصاهم اتخاذ فعل إيجابي، فإنه يصعب القول بوجود مساهمة جنائية للبنك إذا انحصر دوره في مجرد الامتناع عن تحري مصدر الأموال المشبوهة أو كيفية استخدام الحساب المصرفي. ذلك أن الأخذ بعكس هذه الرأي من شأنه انعقاد مسئولية البنك - باعتباره مصاهماً في الجريمة الأصلية - عن كل استخدام للحساب المصرفي من جانب العميل أو عن كل إيداع لأموال ذات مصدر مشبوه، حتى ولو لم ينسب أي تواطؤ من

(٦٤) في نفس المعنى، أنظر : الدكتور سليمان عبدالنعم ، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٤٦ ، وكذلك ص ٤٨ . كما يقرر فقه القسطنطين الجنائي أن الأصل " في القانون أن الاشتراك في الجريمة لا يتحقق إلا إذا كان التحريض أو الاتفاق سابقاً على وقوعها ، وأن تكون المساعدة سابقة أو معاصرة لها ، وأن يكون وقوع الجريمة حمرة لهذا الاشتراك " أنظر : الدكتور محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات - القسم العام ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٤١٠ ؛ كذلك في نفس المعنى : الدكتور على القهوجسي ، شرح قانون العقوبات ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٤٧٤ .

البنك مع العميل، وبما يخل بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات^(٦٥). أضف إلى ذلك أن إخفاق البنك في واجب التحري عن مصدر الأموال المشبوهة لا يكفي لاعتباره شريكاً أو مساهماً في الجريمة التي تحصلت عنها تلك الأموال، ليس فقط لأن مجرد الإخلال بواجب التحري في ظل غياب نص يعاقب عليه لا يرقى إلى حد الملوك الإيجابي في حالة الاشتراك، ولكن لأن سلوك البنك لم يكن مؤثراً في نشأة الجريمة، وإنما توقف عند آثارها فقط^(٦٦).

ثانياً - مدى اعتبار البنك مرتكباً لجريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة عند قبوله إيداع الأموال غير النظيفة لديه:

يعاقب القانون المصري كل من أخفى أشياء مسروقة أو متحصلة عن جنائية أو جنحة مع علمه بذلك، إذ تنص المادة ٤٤ مكرر من قانون العقوبات على أن كل من أخفى أشياء مسروقة أو متحصلة من جنائية أو جنحة مع علمه بذلك يعاقب بالحبس مع الشغل لمدة لا تزيد على سنتين. وإذا كان الجاني يعلم أن الأشياء التي يخفيها متحصلة من جريمة عقوبتها أشد حكم عليه بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة^(٦٧).

(٦٥) الدكتور سليمان عبدالنعم، المرجع السابق، ص ٤٥ - ٤٦، وفي ضرورة أن يكون فعل المساهم إيجابياً، راجع: الدكتور محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام، المرجع السابق، ص ٤١٠، ومع ذلك ينهب جانب من الفقه إلى أنه يمكن أن تقع المساهمة بالمساعدة بسلوك سلمي، راجع: الدكتور على القهوجي، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص ٤٧٣.

(٦٦) الدكتور سليمان عبدالنعم، المرجع السابق، ص ٤٩.

والركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في فعل الإخفاء والذي يتسع ليشمل أي شكل لحيازة الأشياء، كما لا يلزم أن تكون الحيازة بنية التملك، فيكفي لتوافرها مجرد اتصال يد الشخص بالشئ المسروق لاعتباره مخفياً، كما لو كان غرضه الانتفاع به، وليس تملكه^(٦٧).

ويذهب البعض إلى انطباق ركن الإخفاء على سلوك البنك الذي يقبل إيداع أموال وهو يعلم حقيقة مصدرها غير المشروع. ويذهب جانب آخر إلى إنكار اعتبار البنك حائزاً لهذه الأموال، إذ أن حيازته هي في الواقع لصالح العميل . فوظل التصرف في المال أو توجيه حركة الحساب للعميل وحده دون غيره، أما البنك، فلا يتجاوز دوره تسجيل العملية المصرفية للعميل. ولكن قد يرد على ذلك، بأن البنك حتى في هذه الحالة الأخيرة يعتبر منفقاً بالأموال المودعة لديه^(٦٨).

كما يرى البعض إلى أنه من الصعب تصور اعتبار البنك مرتكباً لجريمة إخفاء أشياء متحصلة عن جريمة، إذ لا يكفي مجرد علم البنك بالمصدر غير المشروع للأموال لكي تقوم في حقه الجريمة. ذلك "أنه إذا كانت (الحيازة) هي جوهر سلوك الإخفاء، فمن المشكوك فيه - كما يرى البعض اعتبار المصرف حائزاً بالفعل للأموال أو الأصول المودعة لديه. فالمصرف إذ يقبل الأموال أو الشيكات المقدمة من أحد العملاء فإنه لا

(٦٧) راجع في هذه الجريمة على وجه الخصوص : الدكتور عبدالعظيم مرسى وزير ، المركز القانوني لحائز المقتول التحصل من جرائم الأموال - دراسة تحليلية تأصيلية (دار النهضة العربية ١٩٨٧) ، وخاصة في ص ١٥٣ وما بعدها .

(٦٨) في عرض هذه الآراء ، راجع : الدكتور سليمان عبدالحق ، المرحع المشار إليه سابقاً ، ص ٦٢ - ٦٣ .

يفعل ذلك إلا لكي يسجل في التو هذه الشيكات في الجانب الدائن في الحسابات المصرفية المستفيدة منها . والمصرف ملزم بالتصرف على هذا النحو، وإلا فإنه - كما يرى - البعض - قد يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة - إذا لم يتقيد بإرادة المودع في كيفية التصرف في هذه الأموال المودعة لديه^(٦٩). فالبنك إذ يقبل الودائع، فإنه لا يحوزها باسمه ولحسابه وإنما تظل هذه الأموال مودعة باسم العميل ومملوكة له، فهو حائز للأموال المودعة بموجب عقد أشبه بعقد الوديعة، وإن هو خالف التزاماته العقدية أمكن اعتباره مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة^(٧٠). ويستخلص من ذلك أن الأموال المتحصلة من مصدر غير مشروع المودعة لدى البنك تظل في حوزة أصحابها وليست في حوزة البنك. ولا يطعن في ذلك إمكان توافر علم البنك بالمصدر غير المشروع للأموال، لأن مجرد العلم لا يغني عن توافر السلوك المادي لكي تقوم الجريمة^(٧١).

والحقيقة أنه لا يسعنا إلا أن نرفض التحليل المتقدم، ليس فقط لأنه يخالف أصول العمل المصرفي بل وكذلك يتعارض مع صريح نصوص القانون التجاري. ذلك أنه من المسلم به أنه في عقد الوديعة النقدية تنتقل ملكية المال إلى البنك، وإن كان يلتزم برده مثله بمجرد الطلب أو في ميعاد استحقاق الوديعة وطبقاً للعقد مع العميل . إذ تنص المادة ٣٠١ من قانون التجارة الجديد على " وديعة النقود عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه مع

(٦٩) المرجع السابق ، ص ٧٣ .

(٧٠) المرجع السابق ، ص ٧٣ .

(٧١) المرجع السابق ، ص ٧٤ .

التزامه برد مثلها للمودع طبقاً لشروط العقد". وعليه، تكون ملكية الأموال المودعة للبنك ويحق له استخدامها والتصرف فيها كما يشاء وبصفة خاصة في عمليات الإقراض، ولا يعد البنك لذلك خائناً لأمانته^(٧٢). كما يترتب على ذلك أيضاً أنه "إذا هلكت الوديعة التقديمية بقوة قاهرة كما إذا احترق البنك المودع لديه أو استولى عليها العدو في حرب مثلاً، كان الهالك على البنك لأنه مالك لها، وإذا أفلس البنك اعتبر المودع دائناً عادياً في التفليس فلا يجوز استردادها بذاتها من التفليس"^(٧٣).

وعلى الرغم من إمكانية توافر ركن الحيازة لتكوين السلوك المادي الذي تقوم به جريمة إخفاء أشياء متحصلة من مصدر غير مشروع، إلا أنه يصعب، مع ذلك، تصور قيام هذه الجريمة في حق البنك. إذ تعتبر هذه الجريمة عمدية ولا تقع بمجرد الإهمال. ذلك أن البنوك قد تهمل في الكشف عن حقيقة المصدر غير المشروع للأموال المشبوهة، إلا أن هذا الإهمال لا يكفي لاعتبار سلوك البنك مكوناً لهذه الجريمة^(٧٤). كما يصطدم الرأي القائل بتجريم سلوك البنك على أساس

(٧٢) راجع في ذلك : الدكتور مصطفى كمال طه ، القانون التجاري (دار للطبوعات الجامعية ١٩٨٩) وبصفة خاصة في ص ص ٥٠٤ - ٥٠٥ ؛ الدكتور سميرة المقلوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك (مكتبة عين شمس - القاهرة ١٩٩٢) في ص ص ١٨ - ١٩ ؛ الدكتور إدوارد عهد ، العقود التجارية وعمليات المصارف (مطبعة النجوى - بيروت ١٩٦٨) في ص ٥١٨ .

(٧٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون التجاري ، ص ١٠١ .

(٧٤) ولا تعرف بعض القوانين ، كالقانون الكويتي ، جريمة خاصة ومستقلة للعقاب على إخفاء أشياء متحصلة عن جريمة أو من مصدر غير مشروع. وإن كان من الجائز عقاب هذا =

جريمة إخفاء أشياء متحصلة من مصدر غير مشروع بمبدأ هام من مبادئ العمل المصرفي وهو مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري^(٧٥). ذلك أن مفردات هذا الحساب تعتبر وحدة واحدة تتداخل فيما بينها، ولا يمكن فصلها عن بعضها البعض ودون النظر إلى ذاتيتها أو خصائصها قبل القيد في الحساب^(٧٦). وبعبارة أخرى، تندمج بنود الحساب الجاري في كل غير قابل للتجزئة، ولا يجوز كقاعدة عامة استخراج أحد بنود الحساب

- الفعل على أسس وصف آخر، فيتميز القانون الجزائري الكويتي عن غيره من القوانين العربية، كالتقانون المصري، بأن الاشتراك (المساهمة) كما قد يكون سابقاً على الجريمة، فإنه قد يكون كذلك لاحقاً عليها. وعليه، قد يعتبر شريكاً ومساهماً في الجريمة الأصلية، كجريمة المخدرات أو إحدى جرائم الأموال، الشخص الذي يخفي هذه الأموال المتحصلة عن الجريمة التي ارتكبتها فاعلها الأصلي، ولكن بشرط أن يكون هذا الشخص عالماً بأن هذه الأموال متحصلة عن جريمة. راجع في ذلك : ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني، حلقة نقاشية، المشار إليها سابقاً، ص ٣٦١. أمسا القانون المصري فيفترض أن نشاط المساهم كان معامراً للتنفيذ من أجل تحقيق النتيجة الإجرامية. فالأصل أن الاشتراك في الجريمة لا يتحقق إلا إذا كان التحريض أو الاتفاق قد سبق وقوعها، وأن تكون المساعدة سابقة على الجريمة الأصلية أو على الأقل معاصرة لها وأن يكون وقوع الجريمة أثر لهذا الاشتراك سواء كانت هذه الجريمة وثيقة أم مستمرة، راجع في ذلك الدكتور محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام ... المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٤١٠؛ وفي نفس سنين، راجع : الدكتور علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٤٧٤ - ٤٧٥.

(٧٥) راجع في تعريف الحساب الجاري: الدكتور مصطفى طه، القانون التجاري، المشار إليه سابقاً في ص ٤٨٦ وما بعدها؛ الدكتور سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ١٧٣، وما بعدها.

(٧٦) الدكتور سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٢٠٤، وما بعدها.

لترتيب آثار قانونية عليه استقلاً عن الحساب في مجموعه^(٧٧) وبينني على ذلك اختلاط الأموال كمدفوعات لتصبح مجرد بنود في الحساب، وعلى نحو يصعب معه فصل الأموال المشبوهة عن الأموال النظيفة. وبالتالي يصعب ملاحقة أو مساءلة البنك على أساس جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة أو مصدر غير مشروع لنوبان الأموال غير النظيفة في نفس البوتقة مع الأموال النظيفة^(٧٨).

ثالثاً - تجريم نشاط غسيل الأموال:

١- ماهية جريمة غسيل الأموال:

يذهب المشرع الوطني في بعض الدول إلى تجريم نشاط غسيل الأموال في ذاته^(٧٩). والركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في ثلاثة

(٧٧) قارب : المرجع السابق ، ص ٢٠٤ - ٢٠٥ .

(٧٨) في نفس المعنى : الدكتور سليمان عبدالمعزم ، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة ، للرجوع المشار إليه سابقاً ، ص ٧٦ .

(٧٩) ومن أبرز الدول التي قامت بتجريم نشاط غسيل الأموال في ذاته : الولايات المتحدة الأمريكية ، فرنسا ، سويسرا . راجع :

Duncan E. Alford, Anti - Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٤٥٦ - ٤٦٥ ؛

Tan Sin Liang, Singapore New Money Laundering Law under the Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act, Volume 3 No. 3 Journal of = Money Laundering Control, pp. 260-265 (Winter 2000).

عناصر. **العنصر الأول** هو الجريمة الأولية أو الأصلية التي أنتجت الأموال غير النظيفة، مثل جرائم المخدرات ، جرائم الابتزاز وجرائم السطو المسلح ... الخ. أما **العنصر الثاني** فهو المكون المكون للجريمة والذي يتمثل في حيازة أو اكتساب أو استخدام الأموال المتحصلة عن الجريمة الأصلية. وذلك مثل قبول البنك ودائع أو أموال مع علمه بمصدرها غير المشروع. كما قد يتمثل السلوك المكون للجريمة في نقل أو تحويل عائدات الأموال غير النظيفة بقصد التمويه على مصدرها غير المشروع. **والعنصر الثالث** هو محل الجريمة أي الأموال أو عائدات النشاط غير المشروع^(٨٠).

أما **الركن المعنوي**، فيتمثل في العلم بمصدر الأموال غير المشروع. وجريمة غسل الأموال جريمة عمدية لا تتوفر إلا بانصراف إرادة الشخص إلى ارتكابها، كما يتعين توافر علم الجاني بكون الأموال أو العائدات التي يحصل تحويلها أو حيازتها أو إخفائها هي من مصدر غير مشروع^(٨١).

- وعبر هذا القانون في سغافورة في عام ١٩٩٩ ، وهو يحرم جريمة غسل الأموال بصفة خاصة ، ويفرض غرامة على المؤسسات المالية التي تتورط في عمليات غسل الأموال مقدارها ٢٠٠,٠٠٠ دولار سنغافوري وذلك عند عدم إخطارها عن العمليات المشبوهة التي تزيد قيمتها عن عشرة آلاف دولار سنغافوري . راجع المقالة المذكورة أعزاً ، في ص ٢٦١ .

(٨٠) في شرح الركن المادي لجريمة غسل الأموال في القانون الفرنسي ، راجع : الدكتور سليمان عبدالمعصم ، مسؤولية المصرف الجائنة عن الأموال غير النظيفة ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ١١٤ - ١٣٣ .

(٨١) في شرح الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال في القانون الفرنسي ، راجع : المرجع السابق ، ص ص ١٣٥ - ١٥٤ .

ويلاحظ أن جريمة غسل الأموال من الجرائم المستمرة. ويترتب على ذلك أن الركن المعنوي للجريمة يتوافر متى علم الشخص بمصدر الأموال غير المشروع في أية لحظة، حتى ولو كان العلم لاحقاً لحيازته لهذه الأموال، أي حتى ولو كان حسن النية وقت اكتسابه أو حيازته للأموال ذات المصدر غير المشروع. ومع ذلك، فإن اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ تأخذ بخير ذلك، إذ تستلزم توافر العلم وقت تسليم الأموال فقط، ومن ثم تنتفي جريمة غسل الأموال وفقاً لاتفاقية فيينا إذا كان الشخص حسن النية وقت تسلمه أو حيازته للأموال حتى ولو توافر فيما بعد علمه بالمصدر غير المشروع للأموال^(٨٢).

٢- تجريم فسيل الأموال على المستوى الدولي :

إدراكاً من المجتمع الدولي للآثار السلبية لظاهرة غسل الأموال على الاقتصاديات الوطنية وعلى الاقتصاد الدولي بصفة عامة، فلقد توالى الجهود الدولية من أجل الحد من هذه الظاهرة والعقاب عليها وضبط المنحرفين الذين يسهمون فيها.

وأبرز الجهود الدولية التي بذلت في هذا الخصوص ما يلي:

- (أ) اتفاقية الأمم المتحدة لسنة ١٩٨٨، في أغسطس سنة ١٩٩٠ والتي أصبحت نافذة على المستوى الدولي في الحادي عشر من نوفمبر لعام ١٩٩٠ بعد أن صدقت عليها سبع وعشرون دولة وقد بلغ عدد الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية ١١٩ دولة حتى

(٨٢) راجع المادة الثالثة من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ .

نوفمبر ١٩٩٥، ولم تحتفظ أية دولة على ما تضمنته هذه الاتفاقية من أحكام متعلقة بغسيل الأموال^(٨٣).

(ب) توصيات بازل لسنة ١٩٨٨ ، والصادرة عما يعرف بمجموعة العشرة (وهي البنوك المركزية وبعض المؤسسات المالية ذات الطابع الإشرافي) التي اجتمعت في بازل بسويسرا عام ١٩٨٨. وتضمنت هذه التوصيات العديد من المبادئ التي يتعين على المصرفيين اتباعها لكي يتم السيطرة على ظاهرة غسيل الأموال بل ومنع استخدام البنوك كوسيلة لتسهيل إخفاء أو تظليل الأموال^(٨٤).

(ج) توصيات مجموعة السبعة G 7 ، والتي أسفرت عن إنشاء مجموعة عمل خاصة *FINANCIAL ACTION TASK FORCE* (*FATF*) لاتخاذ خطوات فعالة ضد ظاهرة غسيل الأموال. ولقد

(٨٣) أنظر : ... Money Laundering Convention, ... من منشورات معهد شلواسات المصرفية (الكويت) ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٨ ، كذلك راجع:

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٤٤١ – ٤٤٢ ؛

(٨٤) رس أهم ما قرره لجنة بازل أنه على الرغم من أن البنوك ليس عليها التزام عام بالتحقق من مشروعية كل عملية مصرفية تقوم بها ، إلا أنها لا يجب أن تقف موقفاً سلبياً في حالة استخدام النظام البنكي لأغراض إجرامية وإلا اهتزت الثقة في البنوك . وعليه ، ينبغي على البنوك بذل أقصى درجات العناية والجهد للتعرف على هوية المتعاملين معها ، وكما يجب على البنوك التعاون مع السلطات المختصة للكشف عن العمليات المريبة . راجع :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٤٤٤ – ٤٤٥ .

أقرت هذه المجموعة أربعين توصية في هذا الخصوص، يعرض بعضها لمدى مسئولية البنوك عن غسل الأموال، وما يتعين على البنوك اتخاذها من تدابير للحد من هذه الظاهرة. وقد انضم إلى مجموعة العمل المذكورة في عام ١٩٩١ ثلاثون دولة منها دولة الكويت ودول مجلس التعاون الخليجي^(٨٥).

(٨٥) انظر :

Money Laundering Convention

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت) ، المشار إليه سابقاً ، ص ١٩ ، وما بعدها. وهناك جهود أخرى على المستوى الإقليمي ، لا تقل في الأهمية عن الجهود الدولية . فعلى سبيل المثال قامت الجماعة الأوروبية **European Community (EC)** بمجهودات لمكافحة غسل الأموال ، إذ اقترحت لجنتها أي لجنة الجماعة الأوروبية لائحة إرشادية في فبراير عام ١٩٩٠ تسري على جميع الدول الأعضاء . وتوجب هذه اللائحة على المؤسسات المالية إبلاغ السلطات المختصة عن العمليات المشبوهة وتنظيم عمليات صرافة العملات الأجنبية . ولقد تبين المجلس الوزاري للجماعة الأوروبية النص النهائي لهذه اللائحة في العاشر من يونيو عام ١٩٩١ . ومن جهة أخرى ، تبنت منظمة الدول الأمريكية **The Organization of American States** لوائح نموذجية لمكافحة غسل الأموال المتعلقة بجرائم المخدرات والجرائم المرتبطة بها وذلك في مايو عام ١٩٩٢ . ولقد شددت هذه اللوائح على المؤسسات المالية بضرورة مكافحة غسل الأموال وتوسعت إلى حد كبير في فرض هذه الالتزامات على البنوك التجارية وبنوك الادخار وسحابة الأوراق المالية ومكاتب صرف الشيكات والكمبيالات وغيرها . كما أقرتها بإبلاغ السلطات المختصة عن العمليات المشبوهة ودون إعلام العملاء عن ذلك . كما قررت هذه اللوائح نظاماً للإقرار عن مبالغ العمليات المصرفية التي يودعها العملاء في البنوك وعروجاً على مقتضيات السرية المصرفية . راجع في ذلك :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations

المقالة المشار إليها سابقاً، ص ص ٤٤٩ – ٤٥٢ .

والواقع أن التقرير الذي أصدرته مجموعة العمل هذه له أهمية كبرى باعتباره وثيقة دولية سوف تؤدي بلا جدل إلى إحداث بعض التغييرات في الممارسات المصرفية، والتي مستوكد دور البنوك في مقاومة ومواجهة عمليات غسل الأموال.

وسوف نقوم بعرض مبادئ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية أو ما تعرف باسم (اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨).

(١) تجريم كافة صور نشاط غسل الأموال وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ :

هناك ثلاث صور للسلوك المكون لجريمة غسل الأموال طبقاً لاتفاقية فيينا وهي كما تقضي المادة ١/٣ (أ) :

- ١- تحويل أو نقل الأموال مع العلم بأنها متحصلة عن جريمة مرتبطة بتجارة المخدرات أو أي فعل يجعل فاعله شريكاً في مثل هذه الجرائم، كقتل المخدرات، استيرادها، تصديرها، السمسرة فيها، توزيعها الخ. كذلك الأفعال التي يكون من بين أغراضها إخفاء الأصل غير المشروع للأموال أو مساعدة أي شخص في ارتكاب مثل هذه الجرائم للهروب من التبعات القانونية^(٨٦).

(٨٦) انظر :

Money Laundering Convention

من منشورات معهد الدراسات المصرفية (الكويت) ، المشار إليه سابقاً ، ص ٢٨ -

٢- إخفاء أو كتمان أو إضفاء مظهر كاذب للتمويه على حقيقة الأموال أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها وإيداعها وحركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها مع العلم بأنها مستمدة من إحدى الجرائم المنصوص عليها سابقاً أو مستمدة من فعل ناشئ عن الاشتراك في مثل هذه الجرائم^(٨٧).

٣- اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال مع العلم وقت تسليمها بأن مستمدة من إحدى الجرائم السابقة أو مستمدة من فعل من أفعال الاشتراك فيها^(٨٨).

وطبقاً للمادة الثالثة فقرة أولى من الاتفاقية، فإن جريمة غسل الأموال هي جريمة عمدية، فلا يتصور وفقاً لهذه الاتفاقية وقوعها بطريق الإهمال أو الخطأ. إذ يتعين أن يكون إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال مع العلم بأنها مستمدة من إحدى الجرائم التي نصت عليها الاتفاقية، كما أن تحويل أو نقل الأموال يجب أن يكون مع العلم بكونها مستمدة من إحدى الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية ويهدف إخفاء أو تمويه مصدرها غير المشروع، أو بقصد مساعدة أي شخص متورط فيها للإفلات من العواقب القانونية، وأخيراً فإن اكتساب أو استخدام الأموال يجب أن يكون مقترناً بالعلم عند تسليمها بكونها مستمدة من إحدى الجرائم المذكورة في الاتفاقية. ويلاحظ بشأن تجريم هذه الصورة الأخيرة، أن الاتفاقية قد جعلت استخدام عوائد النشاط الغير مشروع جريمة وقتية

(٨٧) المرجع السابق، ص ٢٩ .

(٨٨) المرجع السابق، ص ٢٩ .

ولست مستمرة، إذ اشترطت توافر العلم بالمصدر غير المشروع للأموال في الوقت الذي يحصل في تسليمها^(٨٩).

(٢) الجوانب الإجرائية لمكافحة نشاط غسيل الأموال وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨ :

جريمة غسيل الأموال، غالباً ما تكون ذات طابع دولي، إذ أن نشاط غسيل الأموال عادةً ما يعبر الحدود الوطنية مما يدعو إلى تحديث آليات الملاحقة الجنائية ودعم للتعاون الدولي للمساعدة في قمع وضبط هذا النشاط.

وعليه، أولت اتفاقية فيينا للتعاون الدولي أهمية بالغة بهدف ملاحقة جرائم غسيل الأموال. كما دعت الاتفاقية إلى تطويع مبدأ سرية الحسابات المصرفية حتى لا يكون عائقاً في سبيل ملاحقة مرتكبي نشاط غسيل الأموال^(٩٠). كما تبنت الاتفاقية إجراءات لمصادرة الأموال غير المشروعة، وكذلك إجراءات لتسليم المجرمين، وإجراءات لتجميد الأموال أي فرض الحظر المؤقت على نقلها أو تحويلها أو التصرف فيها أو

(٨٩) المرجع السابق، ص ٣٩ - ٤٠ .

(٩٠) المرجع السابق، ص ٢٩ ؛ وراجع المادة السابعة - الفقرة الخامسة من الاتفاقية ؛ كذلك:

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an International Financial Enforcement Subregime

المقالة المشار إليها سابقاً، ص ٨٨٣ - ٨٨٤ .

تحركها أو وضع اليد أو الحجز عليها بصورة مؤقتة بمقتضى أمر صادر من محكمة أو سلطة مختصة^(٩١).

ولما كان نشاط غسيل الأموال ذا طبيعة دولية، فإن مسألة تحديد الاختصاص للعقاب عليه تبدو في غاية الدقة والصعوبة. فقد يقع النشاط الدولي والمتمثل في الجريمة الأصلية (تجارة المخدرات مثلاً) على إقليم دولة معينة، بينما يقع النشاط التبعي (أي غسيل الأموال) على إقليم دولة أخرى. فلأي دولة ينعقد الاختصاص؟ أيعقد الاختصاص لدولة النشاط الإجرامي الأصلي، أم ينعقد لدولة النشاط الإجرامي التبعي؟

اعتنقت اتفاقية فيينا مبدأ الإقليمية للاختصاص بمحاكمة نشاط غسيل الأموال، فساء وقعت جريمة غسيل الأموال على إقليم الدولة أو على متن سفينة ترفع علمها أو طائرة مسجلة فيها وقت حصول الجريمة، انعقد الاختصاص لمحاكم تلك الدولة^(٩٢). وفي نفس الوقت، تبنت الاتفاقية مبدأ الشخصية في شقه الإيجابي، فأجازت انعقاد الاختصاص لمحاكم للدولة التي يقع في إقليمها محل الإقامة المعتاد للشخص مرتكب الجريمة^(٩٣). كما خولت الاتفاقية للدولة التي يوجد على إقليمها مرتكب الجريمة ملاحقته إذا كان يتمتع عليها تسليمه لدولة أخرى، إما لكون

(٩١) المادة الخامسة من اتفاقية فيينا . انظر كذلك :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٤٤٣ – ٤٤٤ .

(٩٢) المادة الرابعة ، فقرة (١) (أ) من اتفاقية فيينا .

(٩٣) المادة الرابعة ، فقرة (١) (ب) من اتفاقية فيينا .

الجريمة قد ارتكبت على إقليمها أو على متن سفينة ترفع علمها أو على متن طائرة مسجلة وفقاً لقوانينها وقت ارتكاب الجريمة، وإما لكون الشخص المنسوب إليه ارتكاب الجريمة هو أحد مواطنيها^(٩٤).

وفي كل الأحوال، لم تستبعد الاتفاقية ممارسة الاختصاص الجنائي الذي تقرره أي دولة عضو وفقاً لقوانينها الوطنية^(٩٥).

وفي مجال تسليم المجرمين، اعترفت الاتفاقية بسلطة الدولة المطلوب فيها التسليم بحيث لم تعد تقتصر على تغليب أحكام تشريعها الوطني، بل خولتها سلطة تقديرية في رفض طلب التسليم عند وجود دواع كافية تؤدي إلى اعتقاد سلطاتها المختصة بأن الاستجابة لطلب التسليم من شأنه ملاحقة أو معاقبة شخص ما على أساس عرقي أو ديني أو بسبب جنسيته أو معتقداته السياسية^(٩٦). ولما كان عدم التسليم قد يؤدي إلى حصول نتائج سلبية كهروب المجرم بفعلته، فلقد خولت الاتفاقية الدولة المطلوب فيها التسليم سلطة تنفيذ العقوبات في مواجهة الشخص المطلوب تسليمه عند رفضها هذا التسليم. وإذا كان رفض التسليم مبنياً على أساس أن الشخص المطلوب تسليمه من مواطني الدولة المطلوب فيها التسليم، فإن هذه الدولة الأخيرة يكون لها تنفيذ العقوبة في مواجهة المتهم، ولكن ذلك مشروط بأن يتم بناءً على طلب الدولة طالبة التسليم وبشرط أن يسمح بذلك قانون الدولة المطلوب فيها التسليم وأن يتعلق

(٩٤) المادة الرابعة ، فقرة (٢) من اتفاقية فيينا .

(٩٥) المادة الثالثة ، فقرة (٤) من اتفاقية فيينا .

(٩٦) المادة السادسة من اتفاقية فيينا .

الأمر بتنفيذ العقوبة المحكوم بها بموجب قانون الدولة طالبة التسليم أو بما يتبقى من تلك العقوبة^(٩٧).

وعلى جانب آخر، فلا يجوز - طبقاً لاتفاقية فيينا - لأية دولة عضو أن تمتنع عن تقديم المساعدة القانونية المتبادلة بحجة سرية الحسابات أو المعاملات المصرفية. ولقد حثت الاتفاقية الدول الأعضاء على تبادل المساعدة القانونية في مجالات عديدة كأخذ شهادة الأشخاص وإقراراتهم، تبليغ الأوراق القضائية وإجراءات التفتيش والضبط، تفقد المواقع، فحص الأشياء، التزويد بالمعلومات والأدلة، توفير النسخ الأصلية أو الصور المصدق عليها من المستندات والسجلات بما في ذلك السجلات المصرفية أو المالية أو سجلات الشركة، وكذلك تحديد المتحصلات أو الأموال أو الوسائط أو غيرها من الأشياء أو اقتفاء أثرها لأغراض الحصول على أدلة^(٩٨). كما دعت الاتفاقية إلى تعاون الدول الأعضاء للكشف عن هوية الأشخاص المشتبه في تورطهم في الجرائم المشار إليها، وكشف الأموال المتحصلة من تلك الجرائم ووسائل إخفاء هذه الأموال^(٩٩).

(٩٧) المادة السادسة من اتفاقية فيينا .

(٩٨) المادة السابعة من اتفاقية فيينا .

(٩٩) المادة التاسعة من اتفاقية فيينا . كما يجوز طبقاً للمادة الخامسة من ذات الاتفاقية أن تعطي كل دولة متعاقدة تحاكمها سلطة إصدار الأمر بتحرير السجلات والمستندات المالية في أي تحقيق يتعلق بعملية غسيل الأموال .

(٢) تجريم نشاط غسل الأموال على المستوى الوطني :

اتجه المشرعون في كثير من الدول إلى تجريم غسل الأموال. فأصبح نشاط غسل الأموال جريمة قائمة بذاتها، لها أركانها وعقوبتها وجزاؤها . ولا ريب أن هذه خطوة جريئة وهامة في سبيل مكافحة غسل الأموال باعتباره من النشاطات الخطيرة والمدمرة للاقتصاديات الوطنية. ومن أمثلة الدول التي أصدرت قوانين لمكافحة غسل الأموال: الولايات المتحدة الأمريكية ، فرنسا ، إنجلترا ، بعض دول أمريكا الجنوبية مثل الإكوادور وأرجواي ، استراليا ، اليابان ، هونج كونج ، ألمانيا ، سنغافورة ، النمسا^(١٠٠) . وعلى جانب آخر عارضت بعض الدول، التي تتبنى نظام السرية المطلق للحسابات المصرفية، سنّ قوانين خاصة للعقاب على نشاط غسل الأموال في ذاته، لدرجة أن رئيس جمعية المصارف اللبنانية أعلن " أن السرية المصرفية لن يتم رفعها مهما كانت الأسباب حتى ولو طلب القضاء ذلك بالنسبة لأحد الحسابات المصرفية ولو كان هذا الحساب مشكوكاً فيه أو دخلته أموال مشبوهة " ^(١٠١) . ومن أمثلة الدول التي لم تسن أي قوانين لمكافحة

(١٠٠) راجع :

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an International Financial Enforcement Subregime: The Implementation of Anti – Money Laundering Policy

المقالة المشار إليها سابقاً ، في ص ٩١٣ وما بعدها.

(١٠١) أنظر في ذلك : الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٤٩ .

غسيل الأموال : سويسرا ، لكسمبورج ، باكستان ، كايمن ، أيلند ، ...
وغيرها من الدول التي تأخذ بالمرية المطلقة للحسابات المصرفية^(١٠٢).
كما لم تقم أية دولة عربية حتى الآن بتجريم نشاط غسيل الأموال في حد
ذاته^(١٠٣).

أ - القانون الأمريكي :

كانت الولايات المتحدة الأمريكية هي الدولة الرائدة في إصدار
تشريعات *Statutes* وقوانين *Acts* لمكافحة غسيل الأموال، إذ أصدرت في
عام ١٩٧٠ قانون سرية الحسابات *Bank Secrecy Act* ، وتعديلاته
المختلفة. وهذا القانون، كما سنذكر لاحقاً عند مناقشة المرية المصرفية
وعلاقتها بغسيل الأموال، ينطبق على المؤسسات المالية فقط ويلزمها
بالإبلاغ عن المعاملات النقدية التي يبلغ مقدارها عشرة آلاف دولار أو
أكثر. ولما كانت مسألة إعداد هذه التقارير والإبلاغ عن جميع الصفقات
المالية التي تبلغ قيمتها عشرة آلاف دولار مكلفة، كما تستغرق بعض

: (١٠٢)

**Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug
Trafficking Controls**

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٤٠ وما بعدها .

(١٠٣) فضلاً لا يوجد في مصر حتى الآن قانون يجرّم غسيل الأموال في ذاته . كذلك لا يوجد في
دولة الكويت تشريع يجرّم هذا النشاط ، ولكن هناك تشريع في الكويت لمراقبة نشاط
العمولات في العقود الدولية مع الدولة وهو القانون رقم ٥٢ لعام ١٩٩٦ في شأن
الكشف عن العمولات التي تقدم في العقود التي تبرمها الدولة حين تكون قيمة العقد مائة
ألف دينار كويتي أو أكثر ، راجع في ذلك : ظاهرة غسيل الأموال وأثرها على الاقتصاد
الوطني، للمشار إليها سابقاً، ص ٣٠٨ وما بعدها .

الوقت وخاصةً بالنظر إلى حجم التعاملات الهائل في البنوك الأمريكية^(١٠٤). فلقد رأى الكونجرس الأمريكي إصدار قانون مستقل لتجريم ومكافحة غسيل الأموال وهو ما يعرف بقانون السيطرة على غسيل الأموال *Money Laundering Control Act (MLCA)* لعام ١٩٨٦^(١٠٥). ولقد جرمَ هذا القانون بعض أنواع من السلوك وهي: أولاً - القيام أو الاشتراك في أي عملية تتضمن أو تتطوي على أموال متحصلة من مصدر غير مشروع . ثانياً - منع النقل أو التحويل الدولي للأموال المتحصلة من مصدر غير مشروع^(١٠٦). وهذا السلوك يتسع

(١٠٤) راجع بوجه خاص :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٤٥٦ – ٤٥٧ .

(١٠٥) المقالة السابقة ، ص ٤٥٧ .

(١٠٦) المقالة السابقة ، ص ٤٥٨ ؛ وكان الكونجرس قد أصدر في عام ١٩٨٤ قانون غسيل

الأوراق النقدية أو ما يعرف بـ *Laundering Of Monetary Instruments* . ويتميز

هذا القانون بنطاق تطبيقه الواسع ، إذ ينطبق ليس فقط على العمليات التي تحدث داخل الإقليم الأمريكي، ولكن له أيضاً أثر متعدٍ للإقليم *Extra – Territorial effect* . ويجرم

هذا القانون عمليات نقل الأوراق المالية عبر الحدود الأمريكية وما يتطلبه ذلك من إثبات علم

الشخص بأنه قام بنقل أو تحويل أوراق مالية عبر الحدود الأمريكية بالدخول أو الخروج بها

لغسل الأموال . ولقد توسع هذا القانون في تعريف مفهوم الأداة النقدية ليشمل الأموال

السائلة (النقد) أي سواء النقود الورقية والمعدنية سواء بالعملة الأمريكية أو أي عملة أجنبية

أخرى ، وكذلك الشيكات السياحية ، والشيكات الشخصية ، والشيكات المسحوبة على

البنوك ، وأوامر الدفع ، وشهادات الاستثمار ، والأوراق التجارية . ومن جهة أخرى ،

توسعت المحاكم الأمريكية في تفسير عبارة " نقل تحويل الأوراق المالية " لتشمل أي حركة

للأموال من أو إلى الولايات المتحدة . أنظر في ذلك : -

ليشمل المساعدة التي تقدم من الغير إلى غاسلي الأموال، طالما أن الغير كان يعلم بالمصدر غير المشروع للأموال المتحصلة من مصدر غير مشروع، ولكن لا يلزم لإثبات جريمة غسل الأموال في حق الغير أن يعلم بذات الفعل الذي تحصلت منه الأموال غير المشروعة، ولكن يكفي في ذلك مجرد علمه بأن هذه الأموال قد نشأت عن مصدر ما غير مشروع^(١٠٧).

كما جرمَ قانون *MLCA* ما يعرف بعملية إعادة هيكلة الإيداعات *The structring of deposits* . ذلك أن غاسلي الأموال عادةً ما يلجأون إلى تجزئة إيداعاتهم للتعتميم على الأموال غير النظيفة والهروب من أحكام التقرير بإيداع النقود التي تريد عن مبالغ معينة، وبما يؤدي إلى إعاقة تنفيذ السياسة التشريعية للسيطرة على عمليات غسل الأموال^(١٠٨).

Scott Sultz, Money Laundering: The Scope of the Problem = and Attempts to Combat It

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٥٩ وما بعدها .

(١٠٧) في نفس الحق :

Duncan E. Alford, Anti - Money Laundering Regulations

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٤٥٧ - ٤٥٨ . وقارن الوضع في دول أخرى .

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an International Financial Enforcement Subregime

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٩٠٨ - ٩٠٩ .

(١٠٨) فلقد جرمَ القانون تنفيذ عمليات الهيكلة والشروع والمساعدة والتحرير عليها إذا كان الغرض من ذلك التهرب من أحكام قانون التقرير عن صفقات العملات *Currency Transaction Report* ، كما يخضع الشخص الذي ثبت إدانته بهذه الجريمة إلى عقوبة الغرامة والسجن لمدة قد تصل إلى عشر سنوات . راجع : -

ولمّا كان القانون يستلزم كتابة تقرير عن المبالغ النقدية التي ترسّد عن عشرة آلاف دولار ، فقد استغل غاسلو الأموال ذلك لإحداث ثغرة بالقيلم بعمل العديد من الإيداعات في بنوك مختلفة، ودون الخضوع لأيّة عقوبة^(١٠٩). ولذلك تحث البنوك الأمريكية العاملين والموظفين فيها باتخاذ أقصى درجات الحيلة والحذر وعدم إعطاء العملاء أي نصائح تتعلق بإمكانية تقسيم الإيداعات النقدية حتى لا يُعسّر أو يؤخّذ ذلك على أنه مساعدة من البنوك لغاسلي الأموال للتهرب من أحكام التقرير المفروض بالقانون من أجل القيام بغسيل الأموال^(١١٠).

وتواجه البنوك مشكلة خطيرة عند التحري عن العمليات المصرفية لعملائها للتأكد من أن مصدرها مشروع. إذ لو تبين للبنك شبهة لعملية ما لعمل معين، ثم تبين بعدئذ أن البنك لم يكن على حق في

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem... =

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٦٧ - ١٦٨ .

(١٠٩) وفي قضية **Ratzliff v. U.S.** ، حكم بحساب المتهم لإدائته بالقيام بتصيد وبصفة مستمرة بميكلة عمليات نقدية بمائة ألف دولار بإيداعات تقل في كل مرة عن عشرة آلاف دولار بهدف التهرب من أحكام الإيداع عن هذه العمليات وفقاً لما يقضي به القانون ولاستخدامها لدفع قيمة دين قمار في أحد النوادي ، أنظر :

Ratzliff v. U.S., 114 S. Ct. 655 (1994).

كما هو مذكور ومشار إليه في :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem...

المقالة المشار إليها ، ص ١٦٨ ، وهامش رقم (١٤٧) من نفس المقالة .

(١١٠) قارب :

Duncan E. Alford, Anti - Money Laundering Regulations ...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٤٥٨ .

هذا الاشتباه وإيلاخ السلطات المختصة بأسرار تلك العملية المصرفية، فإن البنك يكون مسؤولاً وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية بحسب الأحوال^(١١١). ومع ذلك، فإن قانون الخصوصية المالي *Financial Privacy Act* يمنح البنوك حصانات معينة عند القيام بإفشاء بعض المعاملات عن عملائها إلى السلطات المختصة عندما تثار شبهة غسل الأموال، وبصفة خاصة تلك المعلومات التي تتعلق باسم العميل، رقم حسابه، وطبيعة النشاط المشبوه. وعليه، تعفي البنوك من المسؤولية إذا كان إفشاء هذه المعلومات وفقاً للقانون وبحسن نية *Good Faith*. وفي نفس الوقت يلتزم البنك بعدم إيلاخ العميل بأنه قد قام بإفشاء هذه المعلومات إلى السلطات المختصة^(١١٢).

كما أضاف قانون تطوير المحاكمات عن غسل الأموال لعام ١٩٨٨ *Money Laundering Prosecution Improvement Act* مسؤوليات على المساهمين في غسل الأموال من موظفي البنوك، إذ أخضعهم لعقوبة الغرامة في حالة عدم الالتزام باستيفاء تقرير الإقرار النقدي إذا كان ذلك عن عمد أو إهمال جسيم^(١١٣).

(١١١) المقالة السابقة، ص ص ٤٥٨ - ٤٥٩.

(١١٢) المقالة السابقة، ص ٤٥٩، كذلك راجع:

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls

المقالة المشار إليها سابقاً، ص ٢٤٥، وما بعدها.

(١١٣) :

Duncan E. Alford, Anti - Money Laundering Regulations

المقالة المشار إليها سابقاً، ص ص ٤٥٩ - ٤٦٠.

وفي عام ١٩٩٢ ، صدر قانون مكافحة غسيل الأموال المعروف بـ *Annnunzio - Wylie Anti - Money Laundering Act* . ولقد تبنى هذا القانون في نصوصه العديد من التوصيات التي أصدرتها مجموعة العمل المعروفة بمجموعة السبعة *G 7 Task Force* ^(١١٤) . وكان السبب الأساسي لإصدار هذا القانون هو انهيار بنك الاعتماد والتجارة الدولي *Bank of Credit and Commerce International (BCCI)* ، إذ اكتشفت الحكومة الفيدرالية الأمريكية أن ليس لها سلطة إغلاق هذا البنك في الولايات المتحدة، على الرغم من إدانته بجرائم غسيل الأموال ^(١١٥) . وطبقاً لهذا القانون تتعرض البنوك للإغلاق في حالة ممارسة عمليات غسيل الأموال أو التورط فيها. وعليه، يتعين على بنك الاحتياطي الفيدرالي القيام بإجراءات إنهاء أعمال وإغلاق أي فرع لبنك أجنبي يتم إدانته في عملية من عمليات غسيل الأموال. كما يفقد هذا البنك الأجنبي أيضاً رخصة القيام بالأعمال المصرفية في الولايات المتحدة عن طريق أي فرع آخر ^(١١٦) . أضف إلى ذلك، أنه في حالة إدانة أحد

(١١٤) المقالة السابقة ، ص ص ٤٦٠ - ٤٦١ ؛ كذلك راجع :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٢١٤ - ٢١٥ .

(١١٥) :

Duncan E. Alford, Anti - Money Laundering Regulations ...

المقالة السابقة ، ص ٤٦٠ .

(١١٦) المقالة السابقة ، ص ص ٤٦٠ - ٤٦١ ؛ كذلك :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٢١٤ - ٢١٥ .

البنوك الأمريكية بجريمة غسل الأموال، فإنها تفقد الترخيص لممارسة الأعمال المصرفية، كما تخسر كذلك الوديعة التأمينية التي يلتزم البنك بإيداعها لدى بنك الاحتياطي الفيدرالي^(١١٧). وتهدف هذه العقوبات إلى إكراه البنوك وردع البنوك من التورط في عمليات غسل الأموال. ولكي يتمكن البنك من الاحتفاظ بترخيصه وعدم فقدان وديعته التأمينية وجب عليه إثبات أنه قد بذل أقصى درجات العناية اللازمة لمنع غسل الأموال. ويكون إثبات بذل هذه العناية بإيراز أمور معينة تكشف عن حذر البنك واحتياطه وحسن نيته، مثل عدم تورط موظفيه وقيادته المصرفية في نشاط غسل الأموال بطريقة أو بأخرى، اتخاذ الإجراءات الوقائية المعتادة لمواجهة غسل الأموال، مدى تعاون البنك مع السلطات المختصة للكشف عن العمليات المشبوهة، ومدى التزام البنك بالإمساك بسجلات تبين التحويلات البرقية للنقد سواء تلك التي تتم داخل الولايات المتحدة أو دولياً^(١١٨).

وفي عام ١٩٩٤ صوّتَ الرئيس الأمريكي كلينتون على قانون

قمع غسل الأموال (*The Money Laundering Suppression Act (MLSA)*)

(١١٧) راجع :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations

المقالة السابقة ، ص ص ٤٦١ – ٤٦٢ ؛ كذلك :

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem...

المقالة السابقة ، ص ٢١٦ .

(١١٨) :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations

المقالة السابقة ، ص ص ٤٦١ – ٤٦٢ .

والذي أدخل بعض التعديلات على قانون سرية البنوك من أجل تخفيف الواجبات اللاحقة على البنوك وذلك بإعفاء بعض العملاء وبعض المعاملات التي تزيد عن عشرة آلاف دولار من الالتزام بالإقرار، وبدعم قدرة الحكومة الفيدرالية لرقابة عمليات تحويل النقود. وبصفة خاصة، يستهدف قانون *MLSA* قمع غسيل الأموال الذي يتحقق من خلال المؤسسات المالية غير المصرفية. إذ ألزم هذا القانون الولايات المختلفة بالقيام وقبل نهاية عام ١٩٩٧ بسن قوانين موحدة *Uniform Codes* للترخيص وتنظيم أعمال المكاتب والشركات التي تتولى القيام بأعمال الصرافة، تحويل النقود، إصدار أوامر الدفع، الشيكات المباحية، الشيكات القابلة للدفع وغيرها من الأوراق التجارية، وذلك بقصد حماية نظم الدفع من الاختراق أو إساءة استخدامها من غاسلي الأموال^(١١٩).

كما تطلب قانون *MLSA* أن تقوم الولايات المختلفة بإصدار قوانين لتقرير جزاءات مدنية وجنائية في حالة عدم الالتزام بشروط تأسيس وعمل المؤسسات المالية. كما أوجب القانون تسجيل هذه المؤسسات لدى وزارة الخزانة الأمريكية وبما يتطلبه ذلك من الإعلان عن أسماء المالكين أو المساهمين فيها، وتشكيل الإدارة والقائمين عليها وحجم النشاط والأعمال وغيرها من البيانات الجوهرية. كما قرر القانون عقوبة الغرامة بمبلغ قدره خمسمائة دولار أمريكي في اليوم الواحد بسبب مخالفة أحكام التسجيل لدى وزارة الخزانة الأمريكية أو بسبب إعطاء

: (١١٩)

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem...

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٢١٦ - ٢١٧ .

بيانات غير حقيقية، بالإضافة إلى عقوبة السجن التي قد تصل لمدة خمس سنوات^(١٢٠).

ولقد وافق مجلس النواب الأمريكي في عام ١٩٩٨ على مشروع قانون متكامل لدرء غسل الأموال *Money Laundering Deterance Act (MLDA)*، إلا أن هذا المشروع لم يَرَ النور لعدم إقرار مجلس الشيوخ الأمريكي له بسبب بعض المشكلات السياسية مع الإدارة الأمريكية الحالية. ويستهدف هذا المشروع تطوير القوانين السابقة وزيادة فعاليتها من حيث الوسائل والتدابير التي يمكن اتخاذها لمنع الجرائم المالية^(١٢١). ومن المنتظر إعادة محاولة مناقشة وطرح هذا التشريع مرة أخرى للحصول على إقرار مجلس الشيوخ^(١٢٢).

ب - القانون الإنجليزي :

لما كانت إنجلترا هي أكبر مركز مالي في القارة الأوروبية، فلا غرو أن تصبح أيضاً محط أنظار غاسلي الأموال للقيام بعملياتهم

(١٢٠) المقالة السابقة ، ص ٢١٧ .

(١٢١) أنظر :

Bruce Zagaris, A Brave New World : Recent Developments in Anti – Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters, Volume 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law pp. 1023 – 1116 (1999) .

وبصفة خاصة في ص ص ١٠٣١ – ١٠٣٢ .

(١٢٢) المقالة السابقة ، ص ١٠٣٢ .

المشبوته. وعليه، كان رد فعل المشرع الإنجليزي صارماً فيما يخص مكافحة غسيل الأموال، فإلى جانب التصديق على معاهدة فيينا لعام ١٩٨٨ والاتفاقية الدولية لمكافحة غسيل الأموال والعضوية في المنظمات والمجموعات الدولية، سنت إنجلترا أقوى القوانين في أوروبا لمكافحة غسيل الأموال^(١٢٣). وأبرز تشريع في هذا الخصوص هو قانون *Drug Trafficking Offense Act* لعام ١٩٨٦ أو (*DTOA*) ، والذي أصبح نلفذاً ومعمولاً به في الأول من يناير عام ١٩٨٧ . ويتضمن هذا القانون نصوصاً تلزم بالتحقيق في النشاطات غير المشروعة التي تتعلق بجرائم المخدرات، وذلك قبل اتخاذ إجراءات تجميد الأصول أو العوائد المتحصلة من الجرائم أو مصادرتها. ولقد جرّم هذا القانون المساعدة في هذه الجريمة بأية طريقة كإخفاء عوائدها أو ثمارها، وبحيث يصل العقاب على المساعدة إلى السجن لمدة قد تصل إلى أربعة عشر عاماً أو غرامة أو كليهما^(١٢٤).

كما ينص قانون *DTOA* على معاقبة أي شخص يحوز أو يدير لمصلحة شخص آخر عوائد أو ثمار جريمة المخدرات أو مساعدته على إخفائها أو استبعادها من نطاق الإقليم الإنجليزي أو تحويلها لصالح الغير. كذلك جرّم القانون أي استخدام للأموال الناتجة عن جرائم المخدرات والعائدة لشخص ما، بهدف تأمين سلامة هذه الأموال ووضعها تحت

: (١٢٣)

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an International Financial Enforcement Subregime

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٩٣٣ - ٩٣٤ .

(١٢٤) المقالة السابقة ، ص ٩٣٤ وما بعدها .

تصرفه، أو استخدامها أو استثمارها لمصلحته، مع علمه بالاستنباه في قيام هذا الشخص بتنفيذ إحدى جرائم المخدرات أو الاشتراك أو الاستفادة منها بطريقة أو بأخرى^(١٢٥). كما أعطى القانون للمحاكم الاختصاص بمصادرة الأموال والأصول التي تمثل ثمار الجريمة إذا ما أُدينَ الشخص بالجريمة، كما يجوز للمحاكم الإنجليزية إلزام الشخص المُدان بدفع القيمة المعادلة لعوائد النشاط غير المشروع الذي تورط فيه^(١٢٦).

كما يوجب قانون *DTOA* على البنوك ضرورة إبلاغ السلطات المختصة بالعمليات المشبوهة حتى لا يؤخذ تقاعسها عن القيام بذلك بأنه مساهمة منها في النشاط غير المشروع. وفي نفس الوقت، منح القانون البنوك حصانة *Immunity* من المسؤولية عند إبلاغها عن العمليات المشبوهة لعملائها، و بحيث لا يعامل هذا الإبلاغ وكأنه خرق للثقة أو لواجب الالتزام بالسرية تجاه العملاء^(١٢٧).

وفي عام ١٩٩٠، أصدرت إنجلترا تشريعاً هو قانون التعاون الدولي في مجال العدالة الجنائية *The Criminal Justice International Cooperation Act*. ولقد امتد العقاب، بموجب هذا القانون، على أي سلوك أو نشاط يستهدف الإخفاء أو التمويه أو الإحلال أو التحويل أو النقل للعوائد المتحصلة عن النشاط الإجرامي للمخدرات للحيلولة دون

(١٢٥) المقالة السابقة، ص ٩٣٥.

(١٢٦) المقالة السابقة، ص ٩٣٥.

(١٢٧) المقالة السابقة، ص ٩٣٥.

اختصاص المحاكم الإنجليزية بالعقاب^(١٢٨). كذلك تبنت إنجلترا اللاتحة الصادرة عن المجموعة الأوروبية والتي تلزم السلطات المختصة بالتعرف على هوية العميل والاحتفاظ بسجلات عن العمليات النقدية، وعلاوة على هذا، يتطلب القانون الإنجليزي من البنوك تطبيق سياسة "اعرف عميلك" بصرامة، وبما يوجب تحديد هوية العميل في حالة إقامة علاقة أعمال معه، وأيضاً التعاون مع السلطات المختصة في الحدود المسموح بها وعدم خرق علاقة الثقة مع العميل^(١٢٩).

ج - القانون الفرنسي :

استغل غاسلو الأموال المؤسسات المالية الفرنسية، وإلى وقت قريب، كمحطة *Transit* لنقل عوائد نشاطهم غير المشروع عبر أوروبا وبين أوروبا ودول أمريكا الجنوبية^(١٣٠). وللقضاء على هذه الظاهرة الخطيرة، أنشأت الحكومة الفرنسية مكتباً يعرف بـ *TRACFIN* بهدف الكشف عن جرائم المخدرات وغيرها من الجرائم المرتبطة بغسيل

(١٢٨) المقالة السابقة ، ص ٩٣٦ .

(١٢٩) المقالة السابقة ، ص ٩٣٦ ، وما بعدها ؛ راجع كذلك :

Robert Wardle, Money Laundering: A Prosecutor's Perspective, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control pp. 125 – 127 (Autumn 1999).

(١٣٠) :

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an International Financial Enforcement Subregime:

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٩٣٧ - ٩٣٨ .

الأموال، ويقوم هذا المكتب بجمع المعلومات عن العمليات المشبوهة بالتعاون مع البنوك ومصلحة الجمارك الفرنسية. ولذا، يتعين على البنوك الإبلاغ عن النشاطات التي تنور حولها الشبهات إلى مكتب TRACFIN ، وتبادل المعلومات مع أقرانها في الخارج ووفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل^(١٣١).

ولعل أول قانون يصدر في فرنسا للعقاب على جريمة غسل الأموال كجريمة قائمة بذاتها هو القانون رقم ٨٧ - ١١٥٧ لعام ١٩٨٧ والذي نص على عقاب كل من اشترك أو ساهم عن علم ووعي كاملين في غسل العوائد الناتجة من جرائم المخدرات. وعليه، فلقد خلق هذا القانون دعوى جنائية ضد هؤلاء الأشخاص الذين، وإن لم يرتكبوا أو يماهموا في الجريمة الأولية إلا أنهم قد لعبوا دوراً في عملية الاستثمار المالي لثمار هذه الجريمة. وحدد القانون العقاب على هذا السلوك بالسجن لمدة تتراوح بين عامين إلى عشرة أعوام، وبغرامة تتراوح من خمسة آلاف إلى خمسمائة ألف فرنك فرنسي^(١٣٢).

كما صدر في عام ١٩٩٠ القانون رقم ٩٠ - ٦١٤ للعقاب على غسل الأموال، والذي يتعلق أساساً باشتراك المؤسسات المالية والبنوك على وجه خاص في غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات. ولقد

(١٣١) المقالة السابقة ، ص ٩٣٧ ، وما بعدها . ويلاحظ أن المختصر TRACFIN يشير إلى :

Cellule de Coordination Chargee du Traitement du
Renseignement et de L' Action Contre le Circuits Franciers
Clandestins.

راجع هامش رقم (٣٠٠) من نفس المقالة المشار إليها .

(١٣٢) المقالة السابقة ، ص ٩٣٨ وما بعدها .

ألقى هذا القانون على هذه المؤسسات والبنوك واجب الإقصاح عن العمليات المالية والمصرفية التي تنثر حولها الشبهات. وألزم القانون البنك بالتعرف على هوية العميل، وطلب إثبات الهوية عند فتح أي نوع من أنواع الحسابات، وينطبق ذلك بصفة خاصة على العميل العابر أو العميل غير الدائم *Occasional Customer* وذلك في حالة قيامه بعملية مصرفية تزيد عن مبلغ قدره ٥٠,٠٠٠ فرنك، أو استتجاره إحدى الخزائن الحديدية بالبنك. كما ألزم القانون البنوك بضرورة أن تفحص بعناية شديدة أي عملية يزيد مقدارها عن مليون فرنك، والاحتفاظ في السجلات ببيانات هذه العملية ولمدة لا تقل عن خمس سنوات، وبصفة خاصة البيانات المتعلقة بمصدر هذه الأموال، والجهة المرسل إليها^(١٣٣).

وأخيراً، أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ٩٦ - ٣٩٢ في عام ١٩٩٦ باستحداث الكثير من الأحكام في مجال التجريم والعقاب على غسيل الأموال . ولقد عرّف المشرع غسيل الأموال بأنه "تسهيل التبرير الكاذب بأي طريقة كانت لمصدر أموال أو دخول فاعل جنائية أو جنحة تحصل منها على فائدة مباشرة أو غير مباشرة" ^(١٣٤) . كما يشمل التعريف أيضاً تقديم المساعدة في عمليات إيداع أو إخفاء أو تحويل العائد المباشر أو غير المباشر لجنائية أو جنحة . ونص القانون على عقوبة جريمة غسيل الأموال وهي السجن لمدة خمس سنوات ، أما إذا وقعت

(١٣٣) المقالة السابقة ، ص ٩٣٩ - ٩٤٠ .

(١٣٤) الدكتور سليمان عبدالمعتم ، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفية ، المؤلف المنشر إليه سابقاً ، ص ٨٨ .

الجريمة بطريق الاعتياد أو بصورة منظمة فتزيد العقوبة إلى عشر سنوات (١٣٥) .

(١٣٥) السابق ، ص ٨٨ - ٨٩ . ولقد سنت جزر البهاما في عام ١٩٨٧ ، وهي من المراكز المالية الهامة ، قانون تعقب ومصادرة عوائد المخدرات . كما أنه تحت تأثير الولايات المتحدة الأمريكية ، وافقت البهاما على التوقيع معها على اتفاقية بشأن تبادل المعلومات عن بعض الأمور المتعلقة بالضرائب . كذلك أصدرت بعض دول أمريكا الجنوبية قوانين للحد من سرية الحسابات المصرفية ، وذلك كالإكوادور التي أصدرت في عام ١٩٨٨ قانوناً للحد من السرية المصرفية ، ومنع تحويل أو نقل الأموال المتحصلة عن جرائم المخدرات . أضف إلى ذلك أن للشرع الإكوادوري جعل جريمة غسل الأموال جريمة قائمة بذاتها . ومع هذا ، فإن القانون الإكوادوري لا يقر مبدأ " اعرف عميلك " ولا يلزم البنوك بإبلاغ السلطات المختصة أو حتى البنك المركزي عن العمليات المشبوهة . على أنه يجوز للبنك المركزي أن يقوم بزيارات مفاجئة للبنوك . كما يلاحظ أن قاعدة سرية الحسابات المصرفية تكاد تكون مطلقة في الإكوادور . وتحت دولة الأرجنتين هي الأخرى من أهم المراكز المالية في أمريكا الجنوبية بالنظر إلى اعتناقها قانون السرية المطلقة للحسابات المصرفية وعدم وجود رقابة على نقل أو دخول وخروج النقد الأجنبي ، أضف إلى ذلك وجود بعض المزايا الضريبية الهامة على الاستثمارات المالية الواردة من خارج البلاد ، وما أتاح الفرصة لإساءة استخدام النظام المصرفي من جانب غاسلي الأموال . ومع ذلك ، خطت أورجواي منذ عام ١٩٩٢ خطوة هامة بسن تشريع لمحاربة جرائم المخدرات ، وإن لم تصبح بعد جريمة غسل الأموال جريمة مستقلة فيها ، أضف إلى ذلك أن البنك المركزي أصدر قرارات هامة للرقابة على الحسابات ، وإن كانت السرية المصرفية مازالت هي القاعدة . أما استونيا ، فأصدرت قانوناً مستقلاً ومتكاملاً لمنع غسل الأموال في عام ١٩٨٨ ، وعلى غرار القانون الأمريكي . أما اليابان ، فلا يوجد فيها قانون خالص للسرية المصرفية ، ومع ذلك فإن العرف المصرفي في اليابان يقرر السرية المطلقة والصارمة للحسابات ، لدرجة أن البنوك اليابانية لا تسمح للسلطات بمعرفة أسرار حسابات العملاء أو الإطلاع على هوية العملاء . ومع هذا ، صدر في اليابان في عام ١٩٩١ قانون لمكافحة المخدرات والذي يحد من نطاق سرية الحسابات المرتبطة بنشاط المخدرات . أما هونج كونج ، باعتبارها أحد أهم أربعة مراكز مالية في العالم كله ، فقد جذبت غاسلي الأموال . وعلى الرغم من اتخاذ الحكومة بعض الإجراءات لمكافحة غسل الأموال ، -

- إلا أن نوك هونج كونج مازالت جاذبة لفاصلي الأموال بالنظر إلى السرية المطلقة للحسابات المصرفية ، وجميع في كل هنا :

Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla, Constructing an International Financial Enforcement Subregime:

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٩١٣ - ٩٣٨ .

المطلب الثالث

السرية المصرفية وغسيل الأموال

أولاً - ماهية السر المصرفي ونطاقه :

تعتبر السرية المصرفية من القواعد المستقرة وللصيقة الصلصة بعمل البنوك. فتلتزم البنوك بموجب القواعد العامة في القانون والأعراف المصرفية بحفظ أسرار العملاء وعملياتهم المصرفية، ما لم يكن هناك نص في القانون أو في الاتفاق يقضي بغير ذلك^(١٣٦).

وينصرف السر المصرفي إلى كل أمر أو معلومات أو وقائع تتصل بعلم البنك عن عمله بمناسبة نشاطه أو بسبب هذا النشاط، يستوي

(١٣٦) أنظر : الذكورة مميحة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، المرجع المشار إليه سابقاً ص ٢٢٤ - ٢٢٦ ؛ الذكور علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، (دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨١) ، ص ٩٢٩ ، وما بعدها ؛ إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات المصارف (منشورات عويصات - بيروت ، باريس ١٩٨٣) ص ٢٧١ ، وما بعدها . ويقرر البعض أن السرية المصرفية لها جنور وأساس في الشريعة الإسلامية ، إذ تستند على فكرة حماية حرمة الحياة الخاصة وحماية الملكية الخاصة ، وأنه لا يعد من إطلاق المحافظة على السرية إلا وجود مصلحة عليا للمجتمع في إفشائها ، أو إذا كان من شأنها الإضرار بالخير ، في هذا المعنى :

Dr. Fath EL-Rahman Abdalla EL-Sheikh, Bank Secrecy and Confidentiality Law in Practice – A Middle Eastern Perspective, Volume 14 Dickinson Journal of International Law pp. 577 – 593 (Spring 1996).

وبصفة خاصة في ص ٥٧٨ - ٥٨٣ .

في ذلك أن يكون العميل قد أفضى بها بنفسه إلى البنك، أو يكون قد اتصل علم البنك بها من الغير . إذ لا يشترط أن تصل المعلومات أو الأسرار إلى البنك مباشرة من عميله^(١٣٧). ويعتبر داخلًا في نطاق الأسرار المصرفية: رقم حساب العميل، المبالغ المقرضة في حساباته سواء دائنة أم مدينة، ودائع العميل، الخزينة الحديدية للعميل، التسهيلات الائتمانية والقروض الممنوحة له، مدى التزامه بسداد الأقساط ومقدار هذه مديونيات العميل، الضمانات المقدمة من العميل في التسهيلات والقروض، الشيكات التي يسحبها العميل على البنك، وغيرها من الأمور التي تتصل بأعمال ونشاط العميل مع البنك^(١٣٨).

ويتأسس التزام البنك بالمحافظة على أسرار عملائه على مبدأ هام هو حماية الحق في الخصوصية *Protection of privacy rights* . إذ لكل شخص الحق في حماية حرمة حياته الخاصة بما فيها شئونه

(١٣٧) في نفس المعنى: الدكتور علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، المرجع السابق ، ص ٩٢٨ ؛ الدكتور مهيبة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، المرجع السابق ، ص ٢٥٥ .

(١٣٨) الدكتور مهيبة القليوبي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥ . كذلك يسري الالتزام بالسرية حتى على المراسلات المصرفية ، راجع: الدكتور إدوارد عيد ، العقود التجارية وعمليات المصارف (مطبعة النجوى - بيروت ١٩٦٨) ، وبصفة خاصة في ص ٤٩٢ ، وما بعدها . ويرى البعض أن الالتزام بالسرية يسري من حيث الموضوع حتى على المصالح الأدبية والمعنوية للعملاء وليس فقط على المصالح المالية مثل تلك المتعلقة بشرفهم وسمعتهم وسلوكهم الشخصي ومعتقداتهم ، ومن ثم فلا يجوز للبنك مثلاً إفشاء معلومات عن الممثل الذي يقدمه أحد العملاء لخليته ولا باسمها ، راجع في ذلك : إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات المصارف ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٩٦ .

المالية والاقتصادية كمعاملاته المصرفية مع البنوك^(١٣٩). ولا شك أن اطلاع الغير - دون مبرر مشروع أو قانوني - على أسرار عملاء البنك فيه اعتداء واضح على حرية حياتهم الخاصة، وبما قد يرتب مسئولية البنك^(١٤٠).

ولمّا كان من مصلحة العميل أن يلتزم البنك بعدم إفشاء أسرارهِ حفاظاً على مركزه المالي الذي يحرص دائماً على إخفائه، صوناً لسمعته واتّمانه، فإن إخلال البنك بهذا الالتزام يعتبر إخلالاً بالالتزام

(١٣٩) في نفس المعنى :

Dr. Fath EL-Rahman Abdalla EL-Shelkh, Bank Secrecy and Confidentiality Law in Practice - A Middle Eastern Perspective.....

المشار إليها سابقاً ، وبصفة خاصة في ص ص ٥٧٨ - ٥٧٩ ؛ وبصفة عامة :

Cadmen, Joanne Greig, Combating Money Laundering, Reviewing Paolo Bernasconi (ed.), Money Laundering and Banking Secrecy: XIV th International Congress of Comparative Law . Boston : Kluwer Law international, (1996), Volume 8 Criminal Law Forum pp. 485 - 492 (1997).

أيضاً :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ص ٢٤٠ - ٢٤١ .

(١٤٠) راجع مقالة :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls

السابق الإشارة إليها ، ص ٢٤٠ .

تعاقدية^(١٤١). وتثور مسؤولية البنك بتعويض العميل عن الضرر الذي يلحقه بسبب الإخلال بهذا الالتزام، ومواء كان إخلال البنك بالمحافظة على السر المصرفي قد نشأ عن تعمد أو عن مجرد إهمال وعدم اكتراث^(١٤٢).

(١٤١) الدكتور ماجد عمار ، السرية المصرفية ومشكلة غسيل الأموال ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ١٤١ وما بعدها ؛ إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات المصارف ، المرجع المشار إليه سابقاً ص ٣١٥ - ٣١٦ . وقد يسأل البنك عن إفشاء السرية في مواجهة الغير الذين لا تربطهم به أية علاقة تعاقدية وعلى أساس المسؤولية التقصيرية، وذلك تطبيقاً للمادة ١٦٣ من القانون المدني المصري التي تنص على أن "كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" . راجع المذكورة بمحبة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، المرجع المشار إليه مسبقاً ، ص ٢٢٢ - ٢٢٣ . ويذهب البعض إلى إمكانية انتقاد مسؤولية البنك في مواجهة العميل على أساس المسؤولية التقصيرية في الحالات التي لا يوجد فيها عقد بينهما ، ومثال ذلك حالة انقطاع المفاوضات الجارية بين البنك وعميله وفشلها، أو كما في حالة الحكم بطلان العقد بينهما. فعلى الرغم من انقطاع الصلة بين البنك وعميله بسبب عدم نجاح المفاوضات وعدم إبرام العقد، أو بسبب بطلان العقد وبما للبطلان من أثر رجعي، إلا أن البنك يلتزم بعدم إفشاء أسرار العميل التي تمت إلى علمه خلال المفاوضات أو أثناء العقد قبل الحكم بإبطاله. راجع: الدكتور مساجد عصام، السرية المصرفية وغسيل الأموال، المشار إليه سابقاً ، ص ١٤٥ - ١٤٧ . ويذهب جانب آخر من الفقه - غير إلى ترجيح رأيه - إلى اعتبار البنك ملزماً بالسر المصرفي ومستولاً أمام العميل عن إفشائه في حالة فشل المفاوضات بينهما على أساس أن العميل يجري مع البنك عقداً مسبقاً على المفاوضات يتمهد بموجبه البنك بالتكتم حول المعلومات التي تصل إليه من هذا العميل في حالة فشل المفاوضات أو بطلان العقد المبرم بينهما . راجع في هذا الرأي الآخر ، إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات المصارف، المنشور في سابقاً ص ٢٨٦ .

(١٤٢) قارب : الدكتور إدوارد عيد ، العقود التجارية وعمليات المصارف ، المرجع المشار إليه مسبقاً ، ص ٤٩٧ .

ويذهب البعض إلى أنه يلزم وجود شرط صريح في العقد مع العميل بالزام البنك بكتمان السر، وبحيث لا تقوم مسؤولية البنك إذا تخلف هذا الشرط^(١٤٣). ومع ذلك يذهب الرأي للراجع إلى أن الالتزام بالمحافظة على السرية هو التزام ضمني يقع على البنك في علاقاتها بالعملاء لما تقتضيه طبيعة العلاقة المصرفية من ثقة متبادلة وحيدة وحذر. ومن ثمَّ يوجد واجب ضمني على البنك بعدم إفشاء المعلومات عن العملاء بعدم أو بإهمال^(١٤٤).

كما يترتب الالتزام بكتمان الأسرار المصرفية أيضاً على موظفي البنك، وبغض النظر عن درجتهم الوظيفية أو أهميتها^(١٤٥). فينصرف الالتزام بعدم الإقضاء إلى مديري البنك ومسؤولي الائتمان فيه وغيرهم من كبار المسؤولين، كما يسري حتى على المندوبين الذين يتولون القيام

(١٤٣) الدكتور حسين النوري، سر المهنة المصرفية، في القانون المصري والقانون المقارن (مكتبة عين خمس) ص ١٨٣.

(١٤٤) في نفس المعنى: إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات المصارف، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٣١٦. ويذهب جانب من الفقه - وبحق - إلى أن "الالتزام بحفظ السر مفترض في العقود الموقعة مع البنك بحيث لا تقوم الحاجة إلى النص عليه، بل إنه ينطلي كل ما وصل إلى علم البنك عن عمله ولو لم يكن بينهما عقد سادامت المعلومات تخص شخصاً له وصف العميل"، راجع: الدكتور علي جمال الدين عوض، عمليات البنك من الوجهة القانونية، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٩٣٠.

(١٤٥) الدكتور علي جمال الدين عوض، عمليات البنك من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص ٩٣١؛ الدكتور سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنك، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٢٢٥؛ الدكتور إدوارد عيد، العقود التجارية وعمليات المصارف، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٤٨٧ - ٤٨٨.

ببعض الإجراءات الروتينية للبنك^(١٤٦). ويسأل البنك عن إفشاء أحد موظفيه لأسرار العملاء على أساس مسؤولية التابع عن الأخطاء الصادرة من تابعيه. فتثور مسؤولية البنك عن إفشاء أحد تابعيه للمسر المصرفي طالما وصلت المعلومات أو الأسرار إلى علم التابع بمناسبة نشاطه أو عمله المصرفي مع البنك^(١٤٧). أما إذا كان السر المصرفي قد وصل إلى علم التابع من مصدر آخر أو بوسيلة أخرى، فلا يكون البنك مسئولاً عما حدث من إفشاء. كما لا تثار مسؤولية البنك عن إفشاء السر من جانب أحد تابعيه، إذا حصل هذا الإفشاء بعد ترك الأخير للعمل في البنك، وذلك لانتهاء رابطة التبعية في الوقت الذي وقع فيه الخطأ المسبب للضرر، وإن كان هذا لا يحول دون مسائلة التابع شخصياً على أساس المسؤولية التقصيرية^(١٤٨). كذلك يسري الالتزام بالسرية على بعض الأشخاص، الذين وإن لم يكونوا من موظفي البنك، إلا أنهم يعلمون أو يطلعون على أسرار عملاء البنك بحكم مراكزهم مثل أعضاء مجلس إدارة البنك، مفوضو الحسابات، المحامون، المستشارون للقانونيون، المستشارون الماليون للبنك، القضاة والخبراء الذين يطلعون على بعض العمليات المصرفية بسبب عرض المنازعات بين البنك وعملائه عليهم^(١٤٩).

(١٤٦) المذكور إدوارد عيد، المرجع السابق، ص ٤٨٧ وما بعدها.

(١٤٧) قارب: المذكور على جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٩٣١.

(١٤٨) قارب: المذكور على جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٩٣١؛ المذكور حسين التوري، سر المهنة المصرفية في القانون المصري والقانون المقارن، المرجع المشار إليه سابقاً ص ١٣٥.

(١٤٩) المذكور إدوارد عيد، العقود التجارية وعمليات المصارف، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٤٨٨.

ويثور التساؤل عن انعقاد المسؤولية الجنائية للبنك في حالة خرق الالتزام بالسرية وإفشاء أسرار العميل بالمخالفة لأحكام القانون والأعراف المصرفية ؟ تنص قوانين بعض الدول، وخاصة تلك التي تعتق نظام السرية المطلقة للحسابات المصرفية، على عقوبات معينة في حالة إفشاء أسرار عملاء البنوك. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٨ من القانون اللبناني الصادر في ٣ أيلول لعام ١٩٥٦ في شأن نظام سرية المصارف على أن كل مخالفة عن قصد لأحكام هذا القانون يعاقب مرتكبها بالحبس من ثلاثة أشهر حتى سنة؛ والشروع بالجريمة معاقب عليه بنفس العقوبة. ولا يتحرك الحق العلم إلا بناءً على شكوى المتضرر^(١٥٠). كما تنص المادة ٧ من القانون المصري رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يعاقب كل من يخالف أحكام المادة الأولى والمادة الثقبية (فقرة أخيرة) والمادة الخامسة من هذا القانون بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد عن عشرين ألف جنيه". ومن ثم يصرى هذا الجزاء في حالة خرق سرية الحسابات وإطلاع الغير عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، إلا بإذن كتابي من العميل أو من أحد ورثته أو الموصى لهم أو النائب القانوني أو الوكيل المفوض أو بناءً على حكم محكمة أو محكمين، وكذلك في حالات إعطاء بيانات أو أية معلومات عن عملاء البنوك -

(١٥٠) المرجع السابق، ص ٤٩٦ وما بعدها. ولكي تقوم هذه الجريمة لا بد من إثبات أن فعل الإفشاء كان مقصوداً، ولذا فإن المخالفات غير المقصودة لقانون سرية البنوك لا تشكل جريمة مثل المخالفات الناشئة عن إهمال. راجع إلياس ناصيف، الكمال في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات البنوك، المرجع المشار إليه سابقاً، ص ٣٣٧.

في غير الحالات المنصوص عليها في القانون - من قبل العاملين بالبنك سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة^(١٥١).

وعلاوة على ذلك، ولما كان واجب حفظ الأسرار المصرفية داخلاً في نطاق التزام البنك بحفظ سر المهنة، فإن البنك قد يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في حالة عدم احترام هذا الالتزام. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٣١٠ من قانون العقوبات المصري من أن كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيدلنة أو القوابل أو غيرهم مودعاً لديه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي التمن عليه فأفشاءه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب الحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه^١. وعليه، يخضع لهذا العقاب موظفو البنك، بجميع مستوياتهم، وسواء كانوا من مسؤولي الحسابات أو غيرهم إذا قاموا بإفشاء الأسرار أو المعلومات أو البيانات الخاصة بالمركز المالي للعميل أو بعملياته المتنوعة مع البنك والتي اتعنهم العميل على حفظها لديهم^(١٥٢).

وإذا كانت السرية المصرفية مبدأ مستقراً في المعاملات المصرفية، ولا يجوز إفشاء أسرار العميل إلا في حالات محددة بنص القانون، فهل يجوز كذلك استبعاد مبدأ السرية المصرفية في حالات الاستنباه بغسيل الأموال؟ وهل ترتفع المسؤولية عن البنوك في حالة

(١٥١) في شرح المادة السابعة من قانون سرية الحسابات في القانون المصري رقم ٢٠٥ لسنة

١٩٩٠، راجع : المذكورة صبيحة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، المرجع

المشار إليه سابقاً ، ص ٢٥٣ ، وما بعدها .

(١٥٢) المرجع السابق ، ص ٢٢٣ وما بعدها .

يلابها عن العمليات المشبوهة إلى السلطات المختصة؟ تختلف التشريعات الوطنية في الإجابة عن هذه التساؤلات. فهناك تشريعات ترفض الخروج على مبدأ السرية المصرفية حتى في حالة غسل الأموال، وهناك تشريعات أخرى حديثة بدأت تحد من هذا المبدأ في حالة غسل الأموال صيانة للصالح العام للمجتمع.

ثانياً - عدم الخروج على السرية المصرفية في حالات غسل الأموال:

أحاط المشرع، في الأغلبية الساحقة من تشريعات الدول المختلفة، الحسابات المصرفية بسياج من السرية، كما قدمنا^(١٥٣). ومع ذلك، يتعين الخروج على مبدأ السرية في حالات معينة يختلف نطاقها ومداها باختلاف حدود مبدأ السرية المطبق في العمل المصرفي لكل

(١٥٣) ويلاحظ في هذا الخصوص أن معظم قوانين الدول العربية تنص صراحةً على الأخذ بالسرية المصرفية، من ذلك القانون اللبناني بقانون ٣ أيلول لعام ١٩٥٦، ومن ذلك القانون البحريني بشأن المؤسسات المالية وقرار رقم ٥/٨٣ في أبريل عام ١٩٨٣، والقانون الكويتي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ بشأن تنظيم النقد والبنك المركزي الكويتي، وقانون البنك المركزي لعام ١٩٩١ في اليمن، وفي المملكة العربية السعودية، على الرغم من عدم وجود نصوص قانونية في هذا الخصوص، إلا أن هناك عرفاً صارماً للسرية المصرفية مأخوذ عن الشريعة الإسلامية. كما نأخذ بالمصارف الإسلامية مبدأ السرية المصرفية، راجع في ذلك:

Dr. Fath EL-Rahman Abdalla EL-Sheikh, Bank Secrecy and Confidentiality Law in Practice - A Middle Eastern Perspective.....

للقالة المشار إليها سابقاً، ص ص ٥٨٢ - ٥٩٠.

دولة. فلا تسمح الدول التي تعتق مبدأ السرية المطلقة للحسابات المصرفية بالخروج عنه أو السماح بأي استثناءات إلا في أضيق الحدود. فلا يجوز، طبقاً للقانون اللبناني الصادر في ٣ أيلول لعام ١٩٥٦ بشأن سرية المصارف، إفشاء السرية إلا في حالة وجود موافقة خطية صريحة من العميل للبنك بالإقصاد عن المعلومات الخاصة بالعمليات التي يجريها مع البنك أو بعض هذه العمليات، أو في حالة نشأة نزاع يبين العميل والبنك وبشرط أن يكون هذا النزاع متعلقاً بعملية مصرفية بينهما معروضة أمام القضاء، أو في حالة إفلاس العميل حيث لا يكون هناك مبرر للإبقاء على السرية في مواجهة مدير التقلية باعتباره ممثلاً لجماعة الدائنين أو أمام قاضي التقلية. وأخيراً، يجيز القانون اللبناني إجابة السلطات القضائية لطلبها معلومات عن العميل في حالات الإثراء غير المشروع، وإن كانت هذه الحالة لم يتم تطبيقها مطلقاً في لبنان^(١٥٤). ويتضح من ذلك أن القانون اللبناني لا يجيز لبدأ البنك إفشاء أي معلومات عن العميل أو عن العمليات المصرفية لأية جهة، أو أن يفحص هذه العمليات ويدقق في مدى مشروعية مصدر الأموال التي يودعها العملاء لدى البنوك اللبنانية. وعليه، فالقانون اللبناني لا يسمح بالخروج على السرية المصرفية حتى في حالات غسل الأموال لأن البنك غير ملزم أصلاً بالتحري عن العمليات المشبوهة لعملائه أو الإبلاغ عنها^(١٥٥).

(١٥٤) الدكتور إدوارد عيد ، المقصود التجاري وعمليات المصارف ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٤٩٣ - ٤٩٦ ؛ إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) . عمليات المصارف ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ص ٣٣٨ - ٣٤٨ .

(١٥٥) قارب : الدكتور هادي عبدالمعظم ، غسل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٤٩ .

كما تعتبر لكسمبورج الآن من أهم المراكز المالية في العالم، لدرجة أن بنوكها أصبحت تضارع البنوك السويسرية في حجم الإيداعات لديها. وتجذب بنوك لكسمبورج غاسلي الأموال بالنظر إلى قوانين السرية المطلقة المطبقة فيها، إذ يعاقب القانون وبصرامة أي خرق أو إفشاء لسرية الحسابات^(١٥٦). ومن المألوف في بنوك لكسمبورج أن يتم فتح الحسابات بأسماء زائفة *False names*، ولشركات وأفراد أجانب بأسماء مواطنين^(١٥٧). كما أن الغالبية الساحقة من الحسابات المصرفية هي حسابات رقمية^(١٥٨). وعلاوة على ذلك، فقد نجحت البنوك في لكسمبورج في تطبيق قاعدة سرية الحسابات المصرفية لاتباعها ما يعرف بسياسة الاحتفاظ بالمراسلات "*Hold mail*"

(١٥٦) راجع :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٤٤ وما بعدها .

Brian R. Allen, The Banking Confidentiality Laws of Luxembourg and the Bank of Credit & Commerce International: The Best Kept Secret in Europe, Volume 28 Texas International Law Journal pp. 73 – 117 (Winter 1993).

وبصفة خاصة في ص ٨٩ ، وما بعدها .

: (١٥٧)

Brian R. Allen , The Banking Confidentiality Laws of Luxembourg.....

المقالة السابقة ص ٩٠ .

(١٥٨) المقالة السابقة ، ص ٩٠ .

والتي بمقتضاها يتم احتفاظ البنك بأي كشوف حسابات أو مراسلات متعلقة بالعمليات المصرفية للعميل إلى أن يقوم هذا الأخير باستلامها من البنك بنفسه^(١٥٩). أضف إلى ذلك، أن هناك قيوداً كثيرة على تبادل المعلومات في إطار ذات البنك أي بين المركز الرئيسي للبنك وبين فروع وبالأذات تلك الفروع التي توجد في دول أجنبية، بحيث لا يجوز للمركز الرئيسي للبنك الاطلاع على حسابات العملاء أو معرفة مراكزهم المالية في الفروع المختلفة^(١٦٠). كما لا تقدم لكسمبورج المساعدة للدول الأخرى في مجال الإجراءات الجنائية في الجرائم المتعلقة بالحسابات المصرفية. ومع ذلك، فلو تورط عميل أحد البنوك في لكسمبورج في جريمة ما، وكانت هذه الجريمة قيد التحقيق، فلا يلتزم هذا البنك بتقديم أي معلومات عن هذا العميل أو عن عملياته المصرفية إلى جهات التحقيق إلا إذا كان ذات سلوك العميل يعتبر جريمة أيضاً في لكسمبورج^(١٦١). أما في المسائل والمنازعات المدنية المتعلقة بخرق القوانين المدنية والتجارية في لكسمبورج، فلا يلتزم البنك بتقديم أي معلومات إلى الجهات المختصة أو إلى القضاء حتى في حالات طلب الحجز على حسابات العميل مثلاً. كما أصدرت لكسمبورج قانوناً حديثاً يحظر على البنوك للكشف عن أي معلومات إلى أية جهة محلية كانت أم أجنبية فيما يتعلق بالمسائل الضريبية للعملاء^(١٦٢).

(١٥٩) المقالة السابقة، ص ٩٠.

(١٦٠) المقالة السابقة، ص ص ٩٠ - ٩١.

(١٦١) المقالة السابقة، ص ٩١.

(١٦٢) المقالة السابقة، ص ص ٩١ - ٩٢.

والحقيقة إن تطبيق السرية المطلقة في المعاملات المصرفية في لكسمبورج، مع بساطة ومهولة تأسيس الشركات وعدم وجود رقابة عليها، شجع القائمين على بنك الاعتماد والتجارة الدولي BCCI على استخدام فروعه المختلفة لغسل الأموال وتمويل العمليات المشبوهة مثل تجارة المخدرات وصفقات الأسلحة وغيرها، حتى اكتشفت فضائح هذا البنك في فروعه الكبيرة في لندن في عام ١٩٩٠ ، وكذلك في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم انهياره تماماً وإغلاق جميع فروعه في أماكن مختلفة من العالم، وكذلك إغلاق مركزه الرئيسي في لكسمبورج والدخول في إجراءات تصفية هذا البنك^(١٦٣).

كما تعتبر "جزر كايمان" أحد المعازل الهامة لغسيل الأموال، حيث تطبق مبدأ السرية المطلقة للحسابات المصرفية بدون أي استثناء، إذ يقوم اقتصاد هذه الجزر على المعاملات البنكية المشبوهة. ويكفي للتدليل على ذلك، أنه حتى عام ١٩٦٤ لم يكن في هذه الجزر سوى بنكين، بينما ارتفع هذا العدد في عام ١٩٨١ إلى ثلاثمائة وستة بنك

(١٦٣) المقالة السابقة ، ص ٧٧ ، وما بعدها . راجع كذلك :

Daniel M. Laifer, Putting the Super Back in the Supervision of international Bank, Post- BCCI, Volume 60 Fordham Law Review pp. S 467 – S 500 (May, 1992).

وأيضاً ،

Thomas F. Mcinerney, Towards the Next Phase in International Banking Regulation, Volume 7 De Paul Business Law Journal pp. 143 – 171 (Fall – Winter 1994).

وفروع لبنوك أجنبية، بالإضافة إلى أكثر من ثمانية آلاف شركة أخرى، أغلبيتها مؤسسات مالية غير مصرفية^(١٦٤).

وعليه، فقد استعاد غاسلو الأموال من تطبيق بعض الدول لمبدأ السرية المطلقة للحسابات المصرفية بصرامة، كما في لكسمبورج ولبنان وجزر كايمان، للقيام بعملياتهم المشبوهة. ولعل هذا هو ما دعا سويسرا، حفاظاً على سمعة بنوكها، إلى التخفيف من تطبيق مبدأ السرية المصرفية بشكل مطلق، وبحيث بدأ ينحسر هذا المبدأ فيها أمام غسيل الأموال في بعض الحالات^(١٦٥). فلقد بدأت سويسرا في تقديم تعاونها دولياً لتدعيم موقف الحكومات الأجنبية ومساعدتها على ملاحقة بعض جرائم غسيل الأموال، وبالذات تلك التي تتخذ طابعاً سياسياً^(١٦٦). ففي الخامس عشر من أكتوبر عام ١٩٩٧، قامت الحكومة السويسرية بالإيعاز إلى بنوكها لتجميد حسابات رئيسة وزراء باكستان السابقة "بنزير بوتو" وعائلتها بنقله على طلب حكومة الباكستان. وتبين أن هناك سبعة حسابات لهم في بنوك سويسرية مختلفة بمبالغ تزيد عن ثمانين مليون دولار؛ وعلى الفور تم

(١٦٤) انظر :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٤٤ .

(١٦٥) راجع :

Bruce Zagaris , A Brave New World : Recent Development in Anti - Money Laundering

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٠٩٦ .

(١٦٦) المقالة السابقة . ص ١٠٩٦ .

تجميد أحد هذه الحسابات وكان فيه مبلغ قدره ١٥,٦ مليون دولار أمريكي^(١٦٧). كذلك، وفي سابقة قضائية هامة، حكمت المحكمة العليا السويسرية في العاشر من ديسمبر عام ١٩٩٧ بإعادة مائة مليون دولار من أصل خمسمائة مليون دولار في حسابات الرئيس السابق ماركوس المجمدة في البنوك السويسرية إلى حكومة الفلبين^(١٦٨). ولا شك أن هذا الاتجاه يكشف عن روح جديدة في البنوك السويسرية لإبراز تعاونها في حالات غسيل الأموال - في بعض الأحوال - وذلك حفاظاً على سمعتها المالية كبنوك كبرى، وإن كانت قاعدة سرية الحسابات المصرفية مازالت مطبقة في البنوك السويسرية بصرامة شديدة^(١٦٩).

ثالثاً - الحد من مبدأ السرية المصرفية (القانون الأمريكي):

قام الكونجرس الأمريكي بسن قانون سرية البنوك *Bank Secrecy Act (BSA)* لعام ١٩٧٠، وذلك بهدف ردع غاسلي الأموال من القيام باستغلال البنوك كقنوات لتنظيف الأموال. ووفقاً لهذا القانون يتعين على البنوك الأمريكية الاحتفاظ بتقارير وسجلات عن أنشطة معينة مع الخضوع لعقوبات مدنية وجنائية في حالات المخالفة، كما ألزم القانون البنوك

(١٦٧) المقالة السابقة، ص ١٠٩٦ - ١٠٩٧.

(١٦٨) المقالة السابقة، ص ١٠٩٨ - ١٠٩٩.

(١٦٩) راجع:

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking Controls

المقالة المشار إليها سابقاً، ص ٢٤٢ - ٢٤٣.

بإرسال تقارير معينة إلى بعض الجهات المالية كمصلحة الضرائب الأمريكية *Internal Revenue Service* ، وكذلك إلزامها بالإمساك ببعض الدفاتر والسجلات التي تقيد التحقيقات الجنائية في المخالفات الضريبية والإبلاغ عن المصادر غير المشروعة للأموال^(١٧٠).

ولعل أهم بنود قانون مربة البنوك هو تطلب قيام البنوك بالتقرير عن العمليات النقدية *Currency Transaction Report* إلى مصلحة الضرائب، وبحيث يتوجب على الشخص أو من ينوب عنه أن

(١٧٠) راجع :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٤٥٦ وما بعدها ؛

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem.....

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٥٢ وما بعدها. ومع ذلك، فلقد اتخذت بعض محاكم الولايات المتحدة (مثل ولاية نيويورك) موقفاً واضحاً من ضرورة حماية المربة المصرفية والحماية الخاصة لعملاء البنوك، وأن المربة المصرفي لا يمكن للبنوك أن تقسوم بإفشائه إلا في حالات محدودة منها صدور أمر من المحكمة بذلك : راجع :

Young v. Chemical Bank, N.Y.L.J. August 7, 1992 at 23
(Supreme Ct, N.Y. County).

كما هو مذكور ومشار إليه في :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations

المقالة المشار إليها ، ص ٤٦٣ .

يملاً لدى البنك نموذجاً خاصةً عندما يقدم في يوم واحد بعملية أو أكثر تكون قيمتها عشرة آلاف دولار أمريكي أو أكثر^(١٧١).

كما أوجب القانسون على كل شخص ينقل أوراقاً نقدية أو غيرها من الأوراق التجارية التي تبلغ قيمتها عشرة آلاف دولار أو أكثر من أو إلى الولايات المتحدة أن يقوم بالإعلان عن ذلك في نموذج معين يقدم إلى السلطات المختصة. ولكن يلاحظ أن هذا الالتزام ينطبق فقط على النقل المادي للنقود ولا ينطبق على التحويل الإلكتروني لها. كما أن مخالفة هذا الالتزام يعرض الشخص لمصادرة المبلغ المنقول^(١٧٢).

(١٧١) ومن الجدير بالذكر أن عملية القيام بإعداد التقرير عن النقد إذا زاد المبلغ عن عشرة آلاف دولار مكلفة للغاية، فمثلاً في سنة ١٩٨٩ وحدها بلغت تكلفة إعداد هذه التقارير (مصرفات إدارية وغيرها) حوالي ١٢٩ مليون دولار وبلغ عدد التقارير التي تم إعدادها في ذلك العام ٣,٧ مليون تقرير . وفي عام ١٩٩٠ بلغ عدد التقارير التي تم إعدادها في السنة أشهر الأول من ذلك العام ٤,٢ مليون تقرير . كما انتقد البعض هذا التقرير إذ فيه اعتداء على حق الخصوصية المالية للأفراد ، راجع :

Berta Esperanza Hernandez, Money Laundering and Drug Trafficking

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ٢٦١ ، وما بعدها . ويزيد الأمر تعقيداً أن عملية إعداد هذا التقرير والانتهاه منه تستغرق من البنك حوالي عشرين دقيقة، ويرى البعض أن في ذلك إضاعة للوقت الثمين الذي تفرص عليه البنوك وعامةً أن عدد التقارير بلغ حتى عام ١٩٩٤ أكثر من ثلاثين مليون تقرير ، راجع :

Duncan E. Alford, Anti – Money Laundering Regulations

المقالة السابق الإشارة إليها ، ص ٤٥٧ .

(١٧٢) وبلا حظ أن الالتزام بكتابة التقرير لا تسري على التحويلات الورقية . أنظر : -

ولم يكن لقانون سرية البنوك ذلك الأثر المنشود لقمع عمليات غسل الأموال، وظهر ذلك في الفترة ما بين أعوام ١٩٧٠ إلى عام ١٩٨٠. ذلك أن البنوك - في تلك الفترة - كانت نادراً ما تلتزم بتقديم التقارير التي أوجبها القانون، كما كان من العسير على الجهات الرقابية حصر ورصد هذه المخالفات. فاستمرئ غاسلو الأموال استخدام البنوك كقنوات لتطهير عملياتهم المشبوهة^(١٧٣).

وفي نفس الوقت، لما كانت بعض البنوك كانت قد التزمت بنصوص قانون سرية البنوك لعام ١٩٧٠، فإن غاسلي الأموال بدأوا يغيرون من وسائلهم واستراتيجيتهم في تنظيف الأموال. ومن تلك الوسائل الجديدة تقسيم الودائع أو العمليات الكبيرة إلى ودائع وعمليات أصغر قيمة وبحيث نقل قيمة كل إيداع أو عملية عن مبلغ عشرة آلاف دولار وذلك للإفلات من الالتزام بالإقرار. ولقد ظهرت هذه المشكلة

Scott Sultzer , Money Laundering : The Scope of the = Problem.....

المقالة المشار إليها سابقاً ، ص ١٥٢ وما بعدها. وفي إطار العمل المصري في دولة الكويت، يوجد حكم مشابه، إذ بموجب التعليمات رقم (٢/أوب/٩٧/٥٠) الصادرة في عام ١٩٩٧ من بنك الكويت المركزي إلى كافة البنوك المحلية فإنه "يتمتع موافقة بنك الكويت المركزي بكافة المشتريات النقدية من كافة العملات (بما فيها الدينار الكويتي) وكافة الإيداعات النقدية من مختلف العملات (باستثناء الدينار الكويتي)، والتي تساوي أو تزيد عن ما يعادل ١٠ آلاف دينار كويتي".

: (١٧٣)

Scott Sultzer, Money Laundering: The Scope of the Problem.....

المقالة السابقة ، ص ١٥٥ .

بوضوح في عام ١٩٨٢ في ولاية كاليفورنيا بمناسبة قضية "الجدة" *Grandmother* ، حيث كانت سيدة عجوز تقود مجموعة من السيدات في منتصف العمر للقيام بعمليات إيداع صغيرة تقل كل واحدة منها عن عشرة آلاف دولار في كل مرة في بنوك ولاية كاليفورنيا. وبلغ مجموع هذه الودائع حوالي ٢٥ مليون دولار وكان مصدرها تجارة المخدرات في ولاية فلوريدا^(١٧٤).

كما أن طائفة من غاسلي الأموال كانت تقوم بعمليات الغسيل من خلال بعض المؤسسات المالية الأخرى مثل الملاهي الليلية الكبيرة لاستبدال العملات إلى أوراق ذات فئة المائة دولار لسهولة تهريبها خارج البلاد. كذلك من الأساليب التي استخدمها تجار المخدرات في تلك الفترة القيام بإيداع أموالهم في البنوك الأمريكية ثم استخدامها لتمويل خطابات اعتماد لعمليات وهمية لاستيراد بعض المنتجات والملح الاستهلاكية إلى الولايات المتحدة من كولومبيا مثلاً، وكان الشخص يحتاج فقط إلى إبراز سند شحن زائف في البنك المتفق عليه في كولومبيا حتى يحصل على الأموال *Proceeds* (١٧٥).

وتفاقم الوضع في أوائل الثمانينات لما ظهر من عدم التزام البنوك بنظام الإقرار المفروض بموجب قانون سرية البنوك، ومن ذلك قضية بنك بوسطن، حيث أظهرت التحقيقات التي تمت عدم التزام ذلك البنك بالقانون، وتغريمه بالتالي مبلغ نصف مليون دولار بسبب

(١٧٤) المقالة السابقة ، ص ١٥٥ وما بعدها .

(١٧٥) المقالة السابقة ، ص ١٥٦ .

إخفاقه في الانصياع مع القانون بملأ إقرار العملة بعمليات بلغت ما يقرب من ١,٢ مليار دولار. كما اعترف أربعون بنك آخرون - قبل إجراء التحقيق معهم - بوجود مخالفات وعدم انتظام دفاترهم^(١٧٦).

ونظراً لعدم فاعلية قانون مصرية البنوك لعام ١٩٧٠ بسبب ضعف الجزاءات المفروضة في حالات المخالفات وكذلك صعوبة تحريك الدعوى الجنائية لمجرد الإخفاق في ملأ الإقرار النقدي، فقد قام الكونجرس بسن تشريع آخر هو قانون السيطرة على غسيل الأموال *Money Laundering Control Act* لعام ١٩٨٦. ولقد حرص المشرع في هذا القانون على تجريم عمليات غسيل الأموال، كما قرر جزاءات مدنية وجنائية وخاصة مصادرة الأرصدة والأموال المشبوهة. كما تقرر تجريم عمليات غسيل الأموال المتضمنة عمليات تمويلية بالغرامة التي تصل إلى مبلغ ٥٠٠,٠٠٠ مليون دولار أو بضعف المبلغ المصادر أيهما أكبر قيمة والحبس لمدة قد تصل إلى عشرين عاماً. وتطبق نفس العقوبات على عمليات غسيل الأموال والمتعلقة بنقل الأدوات والأوراق المالية خارج الولايات المتحدة الأمريكية^(١٧٧).

ولكن يتعين لإزالة العقاب على هذه الجرائم إثبات أن الأموال متحصلة من مصدر غير مشروع. ولقد نص القانون على ما يربو على مائة من النشاطات غير المشروعة: كجرائم المخدرات - الغش - الجاسوسية - جرائم البيئة - الخ. ولإثبات المصدر غير المشروع

(١٧٦) المقالة السابقة ، ص ١٥٨ .

(١٧٧) المقالة السابقة ، ص ١٦٠ . وما بعدها

للمال، لا يكفي أن تقوم الحكومة بإثبات أن القائم بالنشاط ليس له دخل من مصدر مشروع، ولكن يتعين إضافة إلى ذلك التدليل على وجود أدلة بتورط الشخص في عمليات غير مشروعة مثل تهريب المخدرات وقيامه بعمل تحويل برقي إلى جزر هايتي أو جزر كايمان أبلند مثلاً. كما يتعين إثبات علم الشخص بالمصدر غير المشروع للمال. ويستخلص هذا العلم من ملائمتها وظروف الحال. كما يتسع مفهوم العملية المالية ليشمل أي عملية ترتبت على متحصلات غير مشروعة مثل (إرسال الأموال بريدياً - أو تحرير شيكات مسحوبة على البنوك - وضع الأموال في الخزائن الحديدية لدى البنوك - الخ)^(١٧٨).

وفي الثامن والعشرين من سبتمبر عام ١٩٩٨ ، وضع بنك الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي *Federal Reserve Bank* نظاماً يتطلب، ولأول مرة، أن تقوم البنوك الأمريكية بتطوير برامج محددة وآليات خاصة بها للتعرف على العملاء فيما يعرف بمبدأ "اعرف عميلك" أو *Know your customer*^(١٧٩). ويستهدف هذا النظام حماية سمعة البنوك الأمريكية وتسهيل تطبيق القوانين الخاصة بالرقابة البنكية وقانون مرية

(١٧٨) المقالة السابقة ، ص ١٦١ .

(١٧٩) :

Bruce Zagaris, A Brave New World: Recent Developments in Anti - Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters, Volume 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law pp. 1023 - 1116 (1999).

ورسفة خاصة في ص ١٠٧٣ .

الحسابات المصرفية ومنع استخدام البنوك كقنوات لغسيل الأموال^(١٨٠). ولقد قرر بنك الاحتياطي الفيدرالي، اعترافاً منه بحق كل بنك في تقرير السياسة التي يعالج بها الأمور في علاقته بعملائه، أن يترك لكل بنك الحرية في تطوير نظامه الداخلي للتعرف على العملاء، طالما أن هذا لا يخل بالهدف الرئيسي من تطبيق سياسة اعرف عميلك، ولكن بشرط أن تتوافر في البرامج بعض المعايير والمعلومات التي تمثل الحدود الدنيا لأي برنامج يضعه أي بنك من البنوك الأمريكية^(١٨١). وأهم هذه المعايير: [١] تحديد الهوية الحقيقية للعميل. [٢] تحديد مصدر أموال العميل أو مصادر تمويل عملياته المصرفية. [٣] تحديد العمليات المصرفية المألوفة التي يقوم بها العميل مع البنك بصفة اعتيادية. [٤] مراقبة النشاط المصرفي للعميل للتأكد مما إذا كانت العمليات المصرفية التي يقوم بها تدخل في النطاق المألوف والمتوقع للنشاط العام لهذا العميل في إطار مهنته أو حرفته التجارية مثلاً. [٥] تحديد وتعيين العمليات المصرفية للعميل والتي يظهر أنها غير متوافقة مع نشاطه العادي المألوف أو المتوقع. [٦] التأكد بقدر الإمكان عما إذا كانت العملية المصرفية التي يقوم بها العميل تحيط بسها الشبهات وفقاً للسياسة التي يضعها البنك.

(١٨٠) المقالة السابقة ، ص ١٠٧٣ .

(١٨١) المقالة السابقة ، ص ص ١٠٧٣ - ١٠٧٤ .

ويوجب النظام الذي وضعه بنك الاحتياطي الفيدرالي على كل بنك أن يقدم برنامجاً مكتوباً بمبادئه في إطار مبدأ "اعرف عميلك"، وأن يثبت أنه يقوم بتنفيذ هذا البرنامج بدقة^(١٨٢).

ولقد ثار التساؤل عما إذا كانت هناك شروط معينة تتعلق بحجم أو نوع العملية المصرفية التي يتعين على البنك أن يطبق عليها سياسة "اعرف عميلك"؟ ولقد قرر بنك الاحتياطي الفيدرالي أن هذه السياسة يتعين على كل بنك أن يقوم بتطبيقها بغض النظر عن حجم العملية المصرفية، وبصرف النظر عن شكلها أو تكوينها من الفاحيتين المصرفية والقانونية. وعليه، يجب على البنك تطبيق سياسة اعرف عميلك في كل العمليات المصرفية من فتح حسابات أو قبول ودائع أو القيام بتحويل أو قبول أو سحب أوراق تجارية، أو فتح خزائن حديدية أو منح تسهيلات أو الحصول على قروض إلى غير ذلك من عمليات مصرفية أخرى^(١٨٣). كما تقضي قاعدة "اعرف عميلك" أن يحتفظ كل بنك بكل الوثائق المثبتة لهوية العميل ولعملياته المصرفية، وبحيث تكون هذه الوثائق متاحة لبنك الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي في غضون ٤٨ ساعة في حالة ما إذا طلبها من أحد البنوك العاملة تحت إشرافه^(١٨٤).

ولقد أبدت بعض البنوك الأمريكية مخاوفها من أن التطبيق الصارم لقاعدة "اعرف عميلك" قد يؤدي إلى الحد من قدرتها التنافسية في

(١٨٢) المقالة السابقة ، ص ١٠٧٤ .

(١٨٣) المقالة السابقة ، ص ١٠٧٦ .

(١٨٤) المقالة السابقة ، ص ١٠٧٨ ، وما بعدها .

القيام بالعمليات المصرفية على المستوى الدولي في فروعها الأجنبية المنتشرة في كافة أرجاء العالم، لأن ذلك قد يصطدم مع متطلبات السوية التي ينشدها العملاء في المعاملات الدولية^(١٨٥). ومع ذلك، فإن بنك الاحتياطي الفيدرالي، صمم على تطبيق قاعدة "اعرف عميلك" حتى في معاملات البنوك الدولية، حرصاً على سمعة البنوك الأمريكية ودرءاً للمعاملات المشبوهة^(١٨٦).

رابعاً - السرية المصرفية وغسيل الأموال في القانون المصري:

ترتبط عمليات غسل الأموال في مصر بتجارة المخدرات وبالفساد السياسي المقترن باستغلال النفوذ وبتحصيل العمولات في العقود الدولية وخاصة عقود توريد الأسلحة وعمليات الاستيلاء غير المشروع على المال العام. والأموال المتحصلة من تلك العمليات وغيرها يتم تهريبها إلى خارج مصر في بنوك أجنبية. ولقد قدرت الدراسات حجم عمليات غسل الأموال في مصر بحوالي ٩,٨ مليار جنيه في عام ١٩٩٤. كما أن حجم عمليات غسل الأموال يمثل ٣٠% من حجم الاقتصاد الخفي^(١٨٧). ومع ذلك، فلا نعتقد أن الصورة في مصر قائمة إلى هذه الدرجة. ففي إحصائيات حديثة، سجلت مصر معدلاً منخفضاً من حيث جاذبيتها لغاسلي الأموال بالمقارنة بدول أخرى. فلقد سجلت مصر،

(١٨٥) المقالة السابقة ، ص ١٠٨١ ، وما بعدها .

(١٨٦) المقالة السابقة ، ص ١٠٨٢ ، وما بعدها .

(١٨٧) راجع : الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسل الأموال في العالم ، المرجع المشار إليه سابقاً ،

ص ١١٢ - ١١٣ .

وفقاً لهذه الإحصائيات عشر نقاط فقط، بينما سجلت لكسمبورج أعلى معدل وبعدد ٦٨٦ نقطة، وتليها الولايات المتحدة الأمريكية بمعدل ٦٣٤ نقطة وسويسرا بعدد ٦١٧ نقطة. كما يوجد معدلات مرتفعة في بعض الدول العربية، فلقد سجلت لبنان ٤٩ نقطة، الكويت خمسون نقطة، السعودية خمسون نقطة. أما إسرائيل فلقد سجلت بين مائة ومائة وتسعة وأربعين نقطة^(١٨٨).

ولقد صدر في مصر القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ والمعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ بشأن سرية الحسابات المصرفية. ولقد أضفى القانون السرية صراحة على جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنتهم في البنوك وكذلك على المعاملات المتعلقة بها، ولا يجوز الاطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة أو من أحد ورثته أو من أحد الموصى لهم أو النائب أو الوكيل أو بناءً على حكم قضائي أو حكم محكمين. ويسرى حظر إفشاء السرية في مواجهة جميع الأشخاص والجهات بما فيها تلك الجهات التي يخولها القانون سلطة الاطلاع أو الحصول على الأوراق أو البيانات المحظور

(١٨٨) راجع الإحصائيات المنشورة في مقالة :

John Walker, How Big is Global Money Laundering? Volume 3
No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 25 – 37 (Summer,
1999).

إفشاء سريتها طبقاً للقانون، وبظل حظر إفشاء السرية قائماً حتى بعد انتهاء العلاقة بين البنك والعميل لأي من الأسباب^(١٨٩).

كما أجازت المادة الثانية من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ للبنوك أن تفتح حسابات بالنقد الأجنبي أو ربط ودائع فيها أو قبول ودائع مرقمة، ولا يجوز أن يعرف أسماء أصحاب هذه الحسابات والودائع غير المسؤولين بالبنك والذين يصدر بتحديدهم قرار من مجلس الإدارة. ولا يجوز الكشف عن شخصية صاحب الحساب أو الوديعة المرقمة إلا بإذن كتابي منه أو من أحد ورثته أو من أحد الموصي لهم أو النائب القانوني أو الوكيل أو بناءً على حكم قضائي أو حكم محكمين^(١٩٠).

وتخول المادة الثالثة من قانون سرية الحسابات المصرفية النائب العام أو من يفوضه من المحامين العامين الأول أن يطلب من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب جهة رسمية أو أحد ذوي الشأن من محكمة استئناف القاهرة الأمر بالاطلاع على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة في جناية أو جنحة قامت الدلائل الجدية على وقوعها. ونعتقد أن الاستثناءات التي أوردتها المشرع في المادة الثالثة للكشف عن سرية الحسابات هي فقط من أجل أغراض كشف الحقيقة في جناية أو جنحة ارتكبت وقامت دلائل جدية على وقوعها، أو للتقرير بما في الذمة بمناسبة حجز موقع لدى البنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون. كما أنها تسري فيما يخص الرقابة

(١٨٩) المادة الأولى من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ .

(١٩٠) في شرح هذا المعنى، راجع: المذكورة صحيحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، المشار إليه سابقاً، ص ٢٤٣ وما بعدها .

أو المحاسبة لجهات الرقابة والإشراف على البنوك. ولا علاقة لكل هذه الاستثناءات بمكافحة عمليات غسل الأموال.

وتقضي المادة الرابعة من قانون سرية الحسابات المصرفية بأن يضع البنك المركزي المصري القواعد المنظمة لتبادل البنوك معه وفيما بينها المعلومات والبيانات المتعلقة بمديونية عملائهم والتسهيلات الائتمانية المقررة لهم بما يكلل سريتها ويضمن توافر البيانات لسلامة منح الائتمان المصرفي. كما يسري هذا الحظر على كل من يطلع على هذه المعلومات أو البيانات بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريقة مباشرة أو غير مباشرة^(١٩١).

ومع ذلك تستثني المادة السادسة من القانون بعض الأمور من الإخلال بالالتزام بالسرية. فلا يعتبر إخلالاً بمبدأ السرية الواجبات المنوط أدائها قانوناً بمراقبي حسابات البنوك وبالاختصاصات الممنوحة قانوناً لكل من البنك المركزي المصري أو وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية، والالتزام البنك بإصدار شهادات بأسباب صرف الشيك بناءً على طلب صاحب الحق في ذلك. كما لا يخل مبدأ السرية بالكشف عن كل أو بعض البيانات الخاصة بمعاملات العميل اللازمة لإثبات حقه في نزاع قضائي نشأ بين البنك وعميله بشأن هذه المعاملات.

ويلاحظ أن السرية المصرفية التي قررها القانون المصري واسعة النطاق. فمن حيث الأشخاص، تسري السرية على كل من العملاء المصريين والعملاء الأجانب سواء بسواء. ومن حيث الأموال، تسري

(١٩١) راجع كذلك: المذكورة سمحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

السرية بالنسبة لجميع الأموال بغض النظر عما إذا كانت متحصلة من مصدر مشروع أو من مصدر غير مشروع. ومن حيث الزمن، تسري سرية الحسابات حتى بعد انقضاء العلاقة بين العميل والبنك. ولا شك أن اتساع نطاق السرية على هذا النحو - وفي ظل غياب قانون خاص لغسيل الأموال - من شأنه التشجيع على استعمال البنوك كقنوات لغسيل الأموال.

ولقد شكل اتحاد بنوك مصر لجنة لدراسة مشكلة غسيل الأموال، ولقد أصدرت هذه اللجنة عدة توصيات، نوردتها فيما يلي:

- ١- " عدم الاحتفاظ بأية حسابات لشخصيات مجهولة الهوية أو الحسابات بأسماء وهمية.
- ٢- اتخاذ الإجراءات المناسبة للحصول على المعلومات الخاصة بالعميل الذي يفتح له الحساب لدى البنك أو يتم تنفيذ عملية لحسابه.
- ٣- حفظ السجلات الخاصة بالعملاء والعمليات التي تتم على المستوى المحلي أو الدولي لتكون حاضرة وجاهزة ومتواجدة إذا ما طلبتها السلطات المختصة لمدة كافية وفقاً للقانون.
- ٤- متابعة سلوكيات العمليات المصرفية المثيرة للشكوك لتتخذ إدارة البنك قراراً بشأنها.
- ٥- تدريب وتنمية قدرات الموظفين بالبنوك المختلفة على طريقة التعرف على الصفقات المشكوك فيها والإجراءات والسياسات

الخاصة لمجابهتها، وكذلك الإجراءات القانونية الخاصة بعمليات غسل الأموال.

٦- يقوم اتحاد بنوك مصر من خلال اللجنة المشكلة به لدراسة غسل الأموال بإعداد برنامج تدريبي للعاملين بالبنوك.

٧- تطبيق إجراءات مجابهة غسل الأموال على المنتجات المختلفة من نقود بلاستيكية وعمليات إعداد الإقراض وذلك من خلال التحري والحصول على البيانات اللازمة عن العميل طالب الاقتراض بضمان ودائعه في بلد أجنبي.

٨- تطبيق القوانين الحالية والتي تعتبر كافية لمواجهة عمليات غسل الأموال، وذلك إعمالاً لنص المادة ٤٤/أ مكرر من قانون العقوبات.

٩- ضرورة استخدام الصلاحيات الموجودة في قانون سرية الحسابات رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ للحصول على إذن النيابة العامة لتعقب حالات غسل الأموال مع التأكيد على عدم وجود تعارض بين هذا القانون وإجراءات مكافحة غسل الأموال^(١٩٢).



(١٩٢) في عرض هذه التوصيات ، الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسل الأموال في مصر والعالم ، المرجع المشار إليه سابقاً ، ص ٢٦٤ وما بعدها .

خاتمة

في إطار الموازنة بين مبدأ السرية المصرفية وبين اعتبارات الحذر المصرفي التي تتطلب الحيطة والشفافية في معاملات البنوك، فلين البنوك يتعين عليها أن تستبعد فتح الحسابات غير الاسمية وأن ترفض فتح الحسابات التي يبدو بوضوح أنها بأسماء وهمية، وهذا فضلاً عن التحقق بشكل خاص من هوية العملاء في الصفقات الكبيرة. وفي هذا الخصوص، فإن الحيطة تتطلب من البنوك إبلاغ السلطات المختصة عن العمليات التي تتوافر فيها دلائل قوية للشك في مشروعيتها. وذلك استثناء على مبدأ السرية المصرفية. ومما يقضي به التشريع المصري النص في المادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ وللخاص بسرية الحسابات المصرفية على أن "يجوز للتائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العاملين الأول من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب من جهة رسمية أو أحد ذوي الشأن أن يطلب من محكمة استئناف القاهرة الأموال بالإطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو يتعلق الأمر بكشف الحقيقة في جنائية أو جنحة قامت دلائل جديده على وقوعها".

ويراعى أنه من اللازم أن يتدخل المشرع لحماية البنوك من المسؤولية عن الخروج على مبدأ السرية المصرفية في حالة إبلاغ السلطات المختصة عن العمليات المشبوهة أو تقديم معلومات عنها، وذلك طالما كان تصرف البنك بحسن نية.

ويتعين على البنوك أن تحرص على الفحص الدقيق للعمليات النمطية، وكذلك العمليات المالية المركبة، والتي يتراءى للبنوك عدم قيامها على غرض اقتصادي أو قانوني مشروع. كذلك فقد يبدو من المناسب أن تقوم البنوك بإخطار البنك المركزي عن العمليات المحلية والدولية التي تتجاوز حجماً معيناً. وذلك مع إحاطة المعلومات المتعلقة بهذه العمليات بإجراءات أمنية عالية المستوى. ويجب أن يتاح للبنوك نظام مركزية المخاطر، عن طريق أن تتبادل المعلومات حول العملاء الذين يجرون عمليات كبيرة وغير عادية حتى ولو لم يكن هؤلاء العملاء في القائمة السوداء *Black List* .

ويجب على البنوك، عندما تنور لديها الشبهة على غسيل الأموال، أن تمتنع عن إجراء العملية لصالح العميل إلا بعد إبلاغ السلطات المختصة، والتي يكون لها إعلام البنك بما إذا كان يمكن إجواء العملية من عدمه. ويبقى للبنوك مع ذلك القيام بتنفيذ العملية، ولو حامت حولها الشبهات، مع إبلاغ السلطات المختصة، وذلك إذا كان من شأن الامتناع عن التنفيذ إعاقة تعقب المشتبه في أمرهم.

وتفرض الحيلة أن تحتفظ البنوك لمدة ملائمة بكافة الأوراق والمستندات عن السجلات المدون فيها أسماء العملاء، والمبالغ المتعامل بها وأنواع العملات وغيرها من البيانات الأخرى العامة، وذلك من أجل تيسير حصول السلطات المحلية المختصة على ما يلزمها من معلومات لإجراء التحقيقات والقيام بالملاحقة الجنائية للمتورطين في العملية المشبوهة.

وعلى البنوك ومديريها وموظفيها الالتزام بعدم تبصير أو تحذير العملاء الذين يتم تقديم معلومات عنهم إلى السلطات المختصة. كما يجب على البنوك عدم التصريح بمثل هذه المعلومات حتى للغير. وتلتزم البنوك التي تمارس نشاطها عن طريق فروع في الخارج (أي في دول أجنبية) أن تتبنى نفس السياسة الخاصة بمقاومة ظاهرة غسل الأموال. وتزداد أهمية هذا الالتزام بوجه خاص إذا كانت الرقابة على البنوك في الدول التي يوجد فيها الفرع تتسم بالضعف.

ويجب أن تتبنى البنوك سياسات داخلية واضحة لمقاومة غسل الأموال مثل الحرص على وجود نظام مركزي للمعلومات داخل كل بنك، وتدريب العاملين في البنوك على التعامل مع العملاء المشتبه في أمرهم، وتقضي حقيقة العمليات المشتبه فيها وخلق نظام للتقييم الذاتي للمراجعة السنوية عن فعالية النظام الداخلي للبنك للكشف عن عمليات غسل الأموال.

وتتضمن تعليمات البنوك المركزية في بعض الدول بحق البنك في أن يضمن عقود المصرفية مع العملاء القيام بتجنيب الأموال المحولة إلى حساب العميل حال قيام شبهة تضمنها عملية من عمليات غسل الأموال. وعلى البنوك أن تأخذ هذا الحكم بحذر، فلا ينبغي أن يصل التجنيب إلى تجميد هذه الأموال. إذ أن التجميد إجراء لا يكون إلا بناءً على أمر من المحكمة أو من السلطات المختصة بحسب الأحوال. ولذلك يحسن بالبنوك ألا تصرف أو تغالي في إجراء التجنيب حتى لا تتور مسئوليتها في حالة عدم اكتشاف وجود أية شبهة حول أموال العميل.

المراجع

أولاً - باللغة العربية :

- ١- الدكتور إدوارد عيد ، العقود التجارية وعمليات المصارف (مطبعة للنجوى - بيروت ١٩٦٨).
- ٢- إلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة (الجزء الثالث) عمليات المصارف (منشورات عويدات - بيروت - باريس ١٩٨٣).
- ٣- الدكتور حسين النوري ، سر المهنة المصرفية ، في القانون المصري والقانون المئارن (مكتبة عين شمس - القاهرة).
- ٤- الدكتور حمدي عبدالعظيم ، غسل الأموال في مصر والعالم ، (الطبعة الأولى - القاهرة ، ١٩٩٧).
- ٥- الدكتور سليمان عبدالمنعم ، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة (دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ١٩٩٩).
- ٦- الدكتورة سميحة القليوبي ، الأسس القانونية لعمليات البنوك (مكتبة عين شمس - القاهرة ١٩٩٢).

٧- الدكتور عبدالعظيم مرسى وزير ، المركز القانوني لحائز المنقول المتحصل من جرائم الأموال - دراسة تحليلية تأصيلية (دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨٧).

٨- الدكتور علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، (دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٨١).

٩- الدكتور على القهوجي ، شرح قانون العقوبات - القسم العام (الكتاب الأول - النظرية العامة للجريمة ، ١٩٩٧).

١٠- ظاهرة غسل الأموال وأثرها على الاقتصاد الوطني - حلقة نقاشية عقدتها كلية الحقوق - جامعة الكويت في ١٠/٥/١٩٩٨، منشورة في مجلة الحقوق - تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت ، العدد الثالث - السنة ٢٢ - سبتمبر ١٩٩٨ ، ص من ٢٩١ - ٣٨٥ .

١١- الدكتور ماجد عمار ، السرية المصرفية ومشكلة غسل الأموال (دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٥).

١٢- الدكتور محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات - القسم العام (دار المطبوعات الجامعية - ١٩٨٦).

١٣- الدكتور محمود عبدالفضيل ، وجيهان دياب ، أبعاد ومكونات الاقتصاد الخفي وحركة الأموال السوداء في الاقتصاد المصري (١٩٧٤ - ١٩٨٤) مجلة مصر المعاصرة - العدد ٤٠٠ أبريل (١٩٨٥).

١٤- الدكتور مصطفى كمال طه ، القانون التجاري (دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ، ١٩٨٩).

ثانياً - باللغة الإنجليزية :

- 1- **Berta Esperanza Hernandez**, *Money Laundering and Drug Trafficking Controls Score a Knockout Victory over Bank Secrecy*, Volume 18 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* pp. 235-304 (Winter, 1993).
- 2- **Betty Santangelo & Marc E. Elovitz**, *Money Laundering and Suspicious Activity Reporting: What's a Broker – Dealer To Do?* Published in (Practising Law Institute - Corporate Law and Practice Course Handbook Series – (April 1998).
- 3- **Brian R. Allen**, *The Banking Confidentiality Laws of Luxembourg and the Bank of Credit & Commerce International: The Best Kept Secret in Europe*, Volume 28 *Texas International Law Journal* pp. 73 – 117 (Winter 1993).
- 4- **Bruce Zagaris**, *A Brave New World: Recent Development in Anti – Money Laundering and Related Litigation Traps for the Unwary in International Trust Matters*, Volume 32 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* pp. 1023 – 1116 (1999).
- 5- **Bruce Zagaris & Sheila M. Castilla**, *Constructing an International Financial Enforcement Subregime: The Implementation of Anti – Money Laundering Policy*, Volume 19 *Brooklyn Journal of International Law*, pp. 871-965 (1993).

- 6- **Cadmen, Joanne Greig**, *Combating Money Laundering, Reviewing Paolo Bernasconi (ed.), Money Laundering and Banking Secrecy: XIV th International Congress of Comparative Law. Boston: Kluwer Law International, (1996), Volume 8 Criminal Law Forum pp. 485 – 492 (1997).*

- 7- **Daniel M. Laifer**, *Putting the Super Bank in the Supervision of international Bank, Post- BCCI, Volume 60 Fordham Law Review pp. S 467 – S 500 (May, 1992).*

- 8- **Duncan E. Alford**, *Anti – Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions, Volume 19 North Carolina Journal of International and Commercial Regulation, pp. 437 – 468 (Summer 1994)*

- 9- **Ethan A. Nadelmann**, *Unlaundering Dirty Money Abroad: U.S Foreign Policy and Financial Secrecy Jurisdictions, Volume 18 University of Miami Inter – American Law Review pp. 33 – 81 (Fall, 1986).*

- 10- **Dr. Fath EL-Rahman Abdalla EL-Sheikh**, *Bank Secrecy and Confidentiality Law in Practice – A Middle Eastern Perspective, Volume 14 Dickinson Journal of International Law pp. 577 – 593 (Spring 1996).*

- 11- **Gorson Hutchins**, *The Electronic Dimension to Money Laundering –The Investigator's Perspective, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control, pp. 233 – 235 (Winter 2000).*

- 12- **John Walker**, *How Big is Global Money Laundering? Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control, pp. 25 – 37 (Summer, 1999).*

- 13- **Kimberly Anne Summe**, *The Battle Against Money Laundering: An Examination Of U.S. Law, International*

Cooperative Efforts and Corporate Governance Issues, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control , pp. 236 – 244 (Winter 2000).

- 14- **Lee R. Sneddon**, *The Future of Funds Transfers: The Impact of CHIPS/CHAPS/FEDWIRE and the Regulations on Capital Adequacy and Money Laundering*, pp. 9 - 24 (published in *Funds Transfer in International Banking*, editor Charles del Busto 1992).
- 15- **Michael Blair**, *Money Laundering Control in the Financial Regulation Context, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control*, pp. 102– 103 (Autumn, 1999).
- 16- **Michael Levi**, *New Frontiers of Criminal Liability: Money Laundering and Proceeds of Crime, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control*, pp. 223-232 (Winter 2000)
- 17- **Pedro R. David**, *Mercosur: “Organized Crime, Money Laundering and Harmonisation of Legislation” Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control* pp. 63-65 (Summer 1999)..
- 18- **Peter Johnstone & Mark Jones**, *The Facilitation of Money Laundering Through Western Europe and the United States by Russian Organised Crime Groups, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control*, pp. 119 – 203 (Winter 2000).
- 19- **R. E. Bell**, *Prosecuting the Money Launderers: Who Act for Organised Crime, Volume 3 No. 2 Journal of Money Laundering Control*, pp. 104-112 (Autumn 1999).

- 20- **Ricardo M. Alba**, *Fraud Control in Offshore Banking Centers, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control*, pp. 245 – 249 (Winter 2000).
- 21- **Robert Grosse**, *Mexico: The Black Market in Foreign Exchange and its Relationship with Narcotics Money Laundering, Volume 3 No. Journal of Money Laundering Control*, pp. 67 – 80 (Summer 1999).
- 22- **Scott Sultzer**, *Money Laundering: The Scope of the Problem and Attempts to Combat It, Volume 63 Tennessee Law Review*, pp. 143 – 237 (1995).
- 23- **Tan Sin Liang**, *Singapore New Money Laundering Law under the Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act, Volume 3 No. 3 Journal of Money Laundering Control*, pp. 260-265 (Winter 2000).
- 24- **Thomas F. Mcinerney**, *Towards the Next Phase in International Banking Regulation, Volume 7 De Paul Business Law Journal* pp. 143 – 171 (Fall – Winter 1994).
- 25- **William F. Bruton**, *Money Laundering: Is It Now A Corporate Problem? Volume 3 No. 1 Journal of Money Laundering Control*, pp. 9-10 (Summer, 1999).
- 26- **William H. Lawrence**, *Commercial Paper and Payment Systems, Volume 2 (Butterworth Legal Publishing 1990)*.



فهرس

٥٩٣ مقدمة
٥٩٨ المطلب الأول: مراحل وأساليب غسل الأموال
٥٩٨	أولاً - مراحل عملية غسل الأموال
٥٩٨	١- مرحلة الإيداع أو التوظيف <i>Placement</i>
٦٠١	٢- مرحلة الترفيد <i>Layering</i>
٦٠٣	٣- مرحلة التكامل أو الدمج <i>Integration</i>
٦٠٥ ثانياً - أساليب غسل الأموال
٦٠٥	١- التهريب <i>Smuggling</i>
٦٠٨	٢- التصرفات العينية
	٣- نقل الأموال عن طريق المؤسسات المالية
٦٠٩ غير المصرفية
٦١١ ٤- شركات الواجهة <i>Front Companies</i>
٦١٥ ٥- التحويل البرقي للنقود <i>Wire Transfer</i>
	٦- استخدام أحدث الوسائل التكنولوجية لتحويل
٦٢٢ النقود
٦٢٢ (أ) بنوك الإنترنت
٦٢٥ (ب) الكارت الذكي

٦٢٧ المطلب الثاني: مسؤولية البنوك وغسيل الأموال
٦٢٨ أولاً - مدى اعتبار البنك مساهماً في غسيل الأموال
 ثانياً - مدى اعتبار البنك مرتكباً لجريمة إخفاء
	أشياء متحصلة عن جريمة عند قبوله إيداع
٦٢٣ الأموال غير للنظيفة لديه
٦٣٨ ثالثاً - تجريم نشاط غسل الأموال
٦٣٨ ١- ماهية جريمة غسيل الأموال
٦٤٠ ٢- تجريم غسيل الأموال على المستوى الدولي
	(١) تجريم كافة صور نشاط غسل الأموال وفقاً
٦٤٣ لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨
	(٢) الجوانب الإجرائية لمكافحة نشاط غسل
٦٤٥ الأموال وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٨
	(٣) تجريم نشاط غسل الأموال على المستوى
٦٤٩ الوطني
٦٥٠ أ- القانون الأمريكي
٦٥٨ ب- القانون الإنجليزي
٦٦١ ج- القانون الفرنسي
٦٦٦ المطلب الثالث: السرية المصرفية وغسيل الأموال
٦٦٦ أولاً - ماهية السر المصرفي ونطاقه

	ثانياً - عدم الخروج على السرية المصرفية في
٦٧٤	حالات غسل الأموال
	ثالثاً - الحد من مبدأ السرية المصرفية (القانون
٦٨٠	الأمريكي)
	رابعاً - السرية المصرفية وغسل الأموال في
٦٨٩	القانون المصري
٦٩٥	خاتمة
٦٩٨	المراجع
٦٩٨	أولاً - باللغة العربية
٧٧٠	ثانياً باللغة الإنجليزية
٧٧٤	الفهرس



الفتح

للطباعة والنشر

خلف : ش سوتير أمام كلية حقوق الاسكندرية

ت : ٤٨٤.٦٦٤



REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET
ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR

LA FACULTE DE DROIT

UNIVERSITE D'ALEXANDRIE

